

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA



Living Wills: Planos de Recuperação e de Resolução

Mestrado Forense: Vertente Civil/Empresarial

Rita Espírito Santo

Dissertação de Mestrado orientada por:
Professor Doutor Paulo Câmara

Lisboa
Agosto de 2013

MODO DE CITAR:

Todos os títulos são citados em itálico.

As obras citadas pela primeira vez são referidas pelo nome do autor e respectivo título, seguidos da identificação da editora, edição e ano. Nas citações seguintes, são referidos apenas o nome do autor e a referência bibliográfica.

As citações em língua estrangeira são feitas na língua original.

A presente dissertação não foi escrita de acordo com o novo acordo ortográfico.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

BdP – Banco de Portugal

BCE – Banco Central Europeu

Cf. – Cifrando

CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

CRP – Constituição da República Portuguesa

CVM – Código dos Valores Mobiliários

DL – Decreto-Lei

EC – European Commission

EUA – Estados Unidos da América

FSA – Financial Services Authority

FSB – Financial Stability Board

LOBP – Lei Orgânica do Banco de Portugal

Ob. cit. – Obra citada

PER – Processo especial de Revitalização

RGIC – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

ss. – seguintes

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

Vol. – Volume

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Paulo Câmara por me aceitar como sua orientada, pela sua disponibilidade e empenho durante o desenvolvimento da dissertação e pela sua constante simpatia.

Aos meus pais por tudo aquilo que me deram e pelo que me fizeram alcançar.

Ao melhor irmão do mundo por fazer de mim uma pessoa melhor.

Às minhas avós que me encheram de carinho e amor neste longo percurso.

À Diana, Catarina, Soraia, Pedro e Cristiano pela ajuda, pela amizade e companheirismo.

Obrigada a todos!

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| 1. Enquadramento Geral..... | 6 |
| 2. O dever de apresentação de planos de recuperação e resolução | 8 |
| 3. Planos de Recuperação e Resolução | 11 |
| 3.1. Conceito e finalidades | 12 |
| 3.2. Características | 12 |
| 3.2.1. Credibilidade | 13 |
| 3.2.2. Adaptabilidade | 14 |
| 3.2.3. Confidencialidade | 14 |
| 3.2.4. Vinculatividade | 16 |
| 3.3. Atribuições e competências das entidades | 16 |
| 3.3.1. Banco de Portugal | 16 |
| 3.3.2. O caso especial da competência do BdP para elaborar os planos de resolução | 17 |
| 3.3.3. Instituições de crédito | 20 |
| 4. Plano de Recuperação | 24 |
| 4.1. Conceito e caracterização funcional | 24 |
| 4.2. O conteúdo dos planos de recuperação e a sua articulação com as regras prudenciais da actividade bancária | 26 |
| 4.3. A apresentação dos planos de recuperação | 37 |
| 5. Plano de Resolução | 39 |
| 5.1. Demarcação do conceito e caracterização funcional | 39 |
| 5.2. O conteúdo dos planos de resolução e o planeamento da resolução | 41 |
| 5.3. Elementos informativos a prestar | 43 |
| 5.4. As medidas de resolução, em especial | 45 |
| 6. Revisão dos planos | 51 |
| 7. Síntese Conclusiva | 53 |
| VIII. Bibliografia | 55 |

1. Enquadramento Geral

A extensão da crise financeira iniciada em 2007 demonstrou que o sistema bancário regulatório era imperfeito, fragmentado e que o risco sistémico¹ estava subavaliado. Assim, as adversidades financeiras com que as instituições se depararam alastraram-se a todo o sector financeiro, provocando efeitos negativos com dimensão transfronteiriça.

Dos dados analisados, aferiu-se que as autoridades reguladoras e de supervisão não possuíam poderes e informações suficientes para regular e supervisionar adequadamente as instituições de crédito, doravante designadas por instituições². Nesse sentido, o conceito de regulação e supervisão unilateral deixou de ser utilizado, com a globalização financeira e o aumento das actividades transfronteiriças.

Um dos grandes desafios é a criação de um sistema de recuperação e resolução das instituições que assegure a vitalidade do sistema financeiro ao nível nacional e internacional³. O estímulo a novos mecanismos para conter e atenuar os efeitos de insolvências bancárias motivou a imposição de planos de recuperação e resolução (*living wills*⁴) pelas instituições e pelos grupos em que se encontram inseridas.

Os planos de recuperação e resolução constituem uma forma de actuação *ex ante* para com a instituição ou grupo bancário num cenário de crise, através do planeamento antecipado de medidas e procedimentos, para a sua recuperação financeira e resolução

¹ O Regulamento (UE) n.º 1092/2010, do Parlamento e Conselho Europeu de 24 de Novembro, que aprova o Comité Europeu do Risco Sistémico, define-o no art. 2.º, n.º 2 al. c), como o “risco de perturbação do sistema financeiro susceptível de ter consequências negativas graves no mercado interno e na economia real”. A crescente globalização fomentou o risco sistémico e fez com que os factores que o desencadeiam se multiplicassem. Cf. PAULO CÂMARA, *A Renovação do Direito Bancário no Início do Novo Milénio, O Novo Direito Bancário*, Almedina, 2012, 33; A. J. LEVITIN, “In Defense of Bailouts”, *The Georgetown Law Journal*, 2011, 435; N. G. PACKIN, “The Case Against The Dodd-Frank Act’s Living Wills: Contingency Planning Following The Financial Crisis”, *Berkeley Business Law Journal*, Forthcoming, 2012, 3.

² N. G. PACKIN, *ob cit.*, 3; J. C. COFFEE JR., “Bail-Ins Versus Bail-Outs: Using Contingent Capital To Mitigate Systemic Risk”, *Columbia Law and Economics Working Paper No. 380*, 1.

³ Cf. THE LAROSIÈRE GROUP, *The High Level Group on Financial Supervision in the EU*, Feb. 2009, 125-131; FSA, *The Turner Review, A regulatory response to the global banking crisis*, Mar. 2009, 74; G20, *Leaders’ Statement: The Pittsburgh Summit*, Sep. 2009; FSB, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, Oct. 2011; BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group*, Mar. 2010.

⁴ A expressão usada tem por base os tradicionais planos *living wills*, que possibilitam a decisão prévia das medidas e os cuidados de sustentação de vida a aplicar a cada pessoa. Cf. N. G. PACKIN, *ob cit.*, (23), 7.

célere e ordenada, respectivamente. Tal permitirá às autoridades deter todas as informações necessárias para uma rápida tomada de decisão e intervenção, garantido a continuidade das suas funções essenciais e a redução do risco de contágio a outras instituições.

A justificação deste tema para o trabalho, deve-se à quase inexistente literatura nacional sobre o assunto⁵. Assim, perante o carácter inovador, é pertinente efectuar-se uma análise ampla e profunda para compreensão dos pontos que caracterizam o seu regime. Assim, este estudo tem por objectivo a enunciação das características dos planos de recuperação e resolução e do respectivo regime. Adicionalmente, dedicam-se algumas reflexões às soluções normativas adoptadas no ordenamento jurídico nacional e às recomendações que consideramos essenciais para o seu sucesso.

Pese embora a sua relevância no âmbito do direito comparado (E.U.A e Reino Unido), não abordaremos de forma intensiva tais regimes, porque concentram soluções normativas díspares que nos levaria a sair do objecto deste trabalho.

No que diz respeito à resolução transfronteiriça de instituições e grupos bancários, consideramos de extrema importância o tema, mas não será possível abordar com profundidade tal tema, pelo carácter mais sucinto que este trabalho dever ter.

⁵ PAULO CÂMARA, *ob cit.*, 41-44; MARIANA DUARTE SILVA, *Os novos regimes de intervenção e liquidação aplicáveis às instituições de crédito, O Novo Direito Bancário*, Almedina, Lisboa, 2012, (902), 398.

2.O dever de apresentação de planos de recuperação e resolução

A referida crise propiciou o desencadeamento de um conjunto de eventos, com efeitos desastrosos para a economia e para a estabilidade financeira ao nível global. Nesse sentido, as insolvências do Lehman Brothers Holdings Inc., Landsbanki ou Banco Privado Português são o resultado da falta de capacidade das estruturas de supervisão nacionais para controlar a larga complexidade das dependências interbancárias. A título ilustrativo, veja-se os resgates financeiros, as nacionalizações ou as aquisições, ocorridas no Northern Rock, Fortis, Bradford Bingley, AIG, Bear Stearns, Anglo Irish Bank, Washington Mutual, DEXIA, CajaSur, HBOS, Lloyds, Société Générale, BayernLB e no Banco Privado de Neg  cios⁶.

Em especial, a insolvência desordenada do Lehman Brothers foi “*um erro básico*”, a partir do qual a confiança do mercado se abalou fortemente, com a paralisa  o do mercado interbanc  rio⁷ e elevados custos para o sistema financeiro e economia global. Recorde-se o trágico “*Lehman’s weekend*”, que antecedeu o colapso do Lehman Brothers, com tumultuosas negocia  es, devido    falta de poderes, ferramentas e mecanismos para lidar com uma institui  o sistemicamente relevante em crise⁸, e    ausência da tomada de decisões de carácter integrado, sendo que a institui  o pertencia a um grupo transfronteiriço.

A crise financeira demonstrou ainda que os processos de salvamento das institui  es através de financiamentos públicos não são uma soluço viável para o futuro, pois comportam um custo massivo para o sistema financeiro⁹. No entanto, sob circunstâncias excepcionais, os Estados têm de apoiado desse modo o sistema financeiro, para manter o fluxo de crédito. Entendeu-se que seria melhor responder   

⁶ Cf. A. J. LEVITIN, *ob cit.*, 438; PAULO CÂMARA, *ob cit.*, 41.

⁷ A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, 4.   Edi  o, 2010, 131-133.

⁸ Também denominadas de “*SIFI’s*” (*systematically important financial institutions*), “*LCFI’s*” (*large, complex financial institutions*) e “*too big too fail*”. São as institui  es com uma dimensão e complexidade elevada, que em cenários de crise e insolvência revelam um potencial risco para arrastar outras institui  es para a mesma situa  o e provocar a ruptura no sistema financeiro. Cf. FSA, *cit.*, Mar. 2009, 13 e 14.

⁹ Entre Outubro de 2008 e Outubro de 2011, a CE aprovou apoios a institui  es no valor de    4,5 tril  es (equivalente a 37% do PIB da UE), dos quais o valor de    1,2 tril  es (equivalente a 9,8% do PIB da UE) foi utilizado em garantias e medidas de liquidez e de    409 biliões em medidas de recapitaliza  o e em activos tóxicos. Cf. EC, *State Aid Scoreboard*, Autumn Update 2011; HOUSE OF COMMONS TREASURY COMMITTEE, *Too important to fail – too important to ignore, Ninth Report of Session 2009–10*, Vol. I, 2010, 3.

crise financeira com medidas alternativas e, nesse âmbito, os planos de recuperação e resolução apresentam-se como um conceito promissor.

Posto isto, os G-20 estabeleceram um enquadramento para a prevenção e gestão de crises de instituições em dificuldades, na cimeira realizada em Pittsburgh, em 24 e 25 de Setembro de 2009¹⁰, da qual resultaram os planos de recuperação e resolução. Em conformidade, o FINANCIAL STABILITY BOARD apresentou orientações gerais relativas a tais planos, no relatório "*Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*"¹¹.

Seguiu-se a comunicação da Comissão Europeia ("CE") de Outubro de 2010¹², que definiu um plano para estabelecer um quadro geral para instituições em dificuldades. Posteriormente, em 6 de Junho de 2012, foi apresentada a Proposta de Directiva que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento ("Proposta de Directiva"), com o objectivo de abranger medidas que garantam a estabilidade financeira em cenários de crise. Ao abrigo desta, impôs-se a apresentação de planos de recuperação e resolução, como medida de carácter preventivo¹³, de modo a permitir às autoridades intervirem de forma rápida e adequada, em cenários de crise financeira e insolvência da instituição.

Em Portugal, a apresentação dos planos de recuperação e resolução foi imposta pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que alterou o DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro (RGIC), através do art. 116.º-D, tendo o seu regime sido amplamente desenvolvido e concretizado pelos Avisos n.º 12/2012 e n.º 18/2012 e respectivo Anexo, ambos do Banco de Portugal ("BdP").

No plano internacional, existem alguns regimes que visaram soluções diferentes. No Reino Unido, ao abrigo do *Financial Services Act 2010*, encontram-se abrangidas

¹⁰ G20, *Leaders' Statement: The Pittsburgh Summit*, Sept. 2009.

¹¹ O Comité de Basileia e o Comité Bancário Europeu também apresentaram orientações e procedimentos para a aplicação dos planos. Cf. CE, *Um enquadramento da UE para a gestão de crises transfronteiras no sector bancário*, 2009, 15-17; BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *cit.*, 2010, 31-34.

¹² EC, *An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector*, 2010.

¹³ Foram, ainda, atribuídos às autoridades de supervisão europeias, os seguintes poderes: i) de intervenção correctiva (*early intervention*), *e.g.*, a exigência da adopção de medidas estabelecidas nos planos de recuperação ou a elaboração de planos de reestruturação de dívida dos credores, a nomeação de um administrador especial e a convocação de assembleias de accionistas para decisões urgentes; e ii) de resolução para gerir o colapso financeiro quando as restantes medidas não resultarem. Cf. CE, *Novas medidas de gestão de crises para evitar que venham a ser necessários novos resgates à banca*, Jun. 2012; M. SCHILLIG, *Bank Resolution Regimes in Europe I – Recovery and Resolution Planning, Early Intervention*, 30-35.

todas as instituições autorizadas a receber depósitos e as sociedades de investimentos que representem um risco significativo para a estabilidade financeira. Nos EUA, o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* – designado por *Dodd-Frank Act* - adoptou uma abordagem restritiva e discriminatória, abrangendo essencialmente as instituições sistemicamente relevantes.

Os diferentes regimes adoptados e os resultados da sua aplicação, permitirão avaliar no futuro a relação entre a efectividade das regras em vigor e os resultados alcançados. Essa avaliação constituirá uma fonte credível, ao abrigo da qual os diferentes países deverão comparar os seus resultados e, se necessário, aplicarem alterações, a fim de elegerem os meios prolíficos para a manutenção da confiança no sistema bancário e no funcionamento saudável do mercado interbancário. No entanto, a solução proposta é vista como positiva para a regulamentação dos principais problemas apontados.

3. Planos de Recuperação e Resolução

3.1. Conceito e finalidades

Os planos de recuperação e de resolução são instrumentos previamente elaborados, que contém toda a informação necessárias e o conjunto de medidas a tomar, tendo em consideração diferentes cenários de dificuldades financeiras de severidade variável, que compreendam eventos sistémicos ou idiossincráticos a nível da instituição ou do grupo, ou uma combinação de ambos¹⁴. Estes planos devem ser elaborados a fim de serem rapidamente accionados em qualquer situação de crise financeira ou de insolvência.

Adicionalmente, os planos reduzirão as exposições ao risco das instituições, pois acarretam uma maior consciencialização prévia do conselho de administração e supervisores, a esse respeito¹⁵.

Tal como anuncia a expressão “*living wills*”, estes planos são verdadeiros testamentos em vida das instituições. Deste modo, quando uma instituição estiver em dificuldades, há duas abordagens paradigmáticas que podem ser prosseguidas: i) a recuperação através de medidas, previamente estabelecidas, que combatam a situação de crise e impulsionem a restauração do capital, liquidez e diminuição do risco; e ii) a resolução que visa a preparação do fracasso da instituição e têm como objectivo o planeamento *ex ante* de medidas para a resolução controlada e efectiva¹⁶.

O respectivo processo de elaboração é delicado devido à dimensão das instituições e à complexidade das suas estruturas jurídicas e societárias, bem como dos elementos que as constituem.

Os planos representam uma importante uniformização regulatória, implicando o aumento e a efectividade da supervisão integrada, em especial das instituições as sistemicamente relevantes. Não obstante, pressupõe que a simplificação das suas estruturas jurídicas, o que contribui para a redução do risco e para a manutenção das funções críticas¹⁷.

Os planos têm como principais vantagens: i) um sistema financeiro mais saudável e resistente a adversidades financeiras, com a simplificação e clarificação das estruturas

¹⁴ Cf. art. 2.º, n.º2, do Aviso n.º 12/2012.

¹⁵ R. J. HERRING, *Wind-Down Plans as an Alternative to Bailouts: The Cross Border Challenges*, 2010, 141.

¹⁶ Em princípio, recorrer-se-á às acções de recuperação e só depois se adopta a estratégia de resolução.

¹⁷ M. SCHILLIG, *ob cit.*, 20; FSA, *cit.*, Mar. 2009, 20-28.

das instituições e grupos bancários; ii) evitar resoluções futuras com a sua implementação correcta; iii) a potencial reestruturação das instituições; e iv) aumentar a eficiência da supervisão e da preparação da insolvência¹⁸.

No plano doutrinário, já havia surgido propostas neste sentido. E. WARREN e J. WESTBROOK apresentaram as soluções “*menu*” e “*evergreen*”. Na primeira, as empresas escolhiam de um conjunto de procedimentos de insolvência, os adequados às suas necessidades. Na segunda, a escolha dos procedimentos de resolução e insolvência estava no âmbito da autonomia privada. Em concordância, R. RAMUSSEN, C. GOODHART e D. SCHOENMAKER¹⁹, estabeleceram que as empresas podiam escolher *ex ante* o regime de insolvência aplicável, através de um “*pré-compromisso*”, sem carácter definitivo. A. SCHWARTZ defendeu o acordo sobre o regime e medidas a adoptar em insolvência ou crise financeira, através de um “*pré-compromisso*”, entre empresas e credores²⁰.

Estas propostas são uma abordagem análoga aos planos de recuperação e resolução, já que prevêem que empresas financeiramente saudáveis disponham das regras e medidas a aplicar em situações de crise financeira e insolvência. Porém, não abrange a participação dos credores e clientes, e nem está no âmbito da autonomia contratual, como o “*pré-compromisso*”.

3.2. Características

3.2.1. Credibilidade

A credibilidade é essencial nos planos²¹, verificando-se na adequação qualitativa, quantitativa e proporcionalidade das medidas tomadas para enfrentar os problemas relacionados com a liquidez, solvabilidade, risco, manutenção das funções críticas ou a

¹⁸ N. G. PACKIN, *ob cit.*, 10, 13-14; T. F. HUERTAS, *Living Wills: How Can the Concept Be Implemented?*, 12 Feb. 2010; R. HERRING, *ob cit.*, 2010, 141.

¹⁹ C. GOODHART/D. SCHOENMAKER, *Burden sharing in a banking crisis in Europe*, Sveriges Riksbank Economic Review, n. ° 2, 2006, 34-57; C. GOODHART, *Cómo Deberíamos Regular El Capital Bancario Y Los Productos Financieros? ¿Cuál Es El Papel De Los “Testamentos En Vida”*, Revista de Economía Institucional, Vol. 12, segundo semestre/2010, 106.

²⁰ E. WARREN/J. WESTBROOK, *Contracting Out of Bankruptcy: An Empirical Intervention*, Harvard Law Review n.º1197, 1204, 2005; R. K. RASMUSSEN, *Debtor’s Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy*, Texas Law Review 71, (40), 100, 1992; A. SCHWARTZ, *A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy*, Yale Law Journal 107, 1807 1998; *Apud.* A. FEIBELMAN, *Living Wills and Pre-Commitment*, 102-108, 2011.

²¹ A. BAILEY, *Recovery and Resolution Plans*, Speech at Santander International Banking Conference, Madrid, 17 Nov. 2009, 4; FSB, *cit.*, Oct. 2011, 16.

resolução célere e ordenada. A credibilidade também dependerá da variabilidade e precisão dos cenários previstos e do prazo necessário para implementar os planos²².

Se o BdP determinar que um plano não é credível, pois não permite a efectiva recuperação, pode solicitar a introdução de alterações, nos termos dos arts. 116.º-D, n.º 7, do RGIC e 6.º, n.º 1, do Aviso n.º 12/2012.

A instituição deve adoptar uma postura pró-activa e reenviar o plano com propostas de alteração, caso considere necessário. Esta possibilidade só será pertinente no plano de recuperação, porque cabe ao BdP elaboração dos planos de resolução²³, sendo pressuposto que, em princípio, não elaborará um plano que não seja credível.

Se as alterações não forem introduzidas no prazo determinado, o BdP pode aplicar medidas correctivas adequadas a prevenir os riscos associados à omissão, mantendo assim, pelo menos a credibilidade e confiança da instituição²⁴.

3.2.3. Adaptabilidade

Os planos de recuperação e resolução devem ser flexíveis e adequados à variabilidade das circunstâncias de cada momento, bem como à incerteza que configura um cenário de crise. Para que os planos possam ser aplicados a mais situações, exige-se a ponderação de diferentes cenários de dificuldades financeiras e colapso da instituição²⁵, “*num horizonte temporal*” adequado²⁶. Refira-se que as circunstâncias em que o plano é estabelecido são susceptíveis de variar com a situação em que é necessário aplicá-lo. Por isso, os planos e os elementos informativos que os compõem devem ser revistos anualmente, para se manterem actualizados e adequados, face à estreita coordenação e interconexão com outras medidas de gestão de crises²⁷.

Alguns autores entendem que apesar da adaptabilidade dos planos, os mesmos não são realistas no contexto das instituições multinacionais e com grandes dimensões, sujeitas a uma variedade de dinâmicas, de diferentes sistemas regulatórios²⁸. Além

²² FSB, *Effective Resolution of Systemically Important Financial Institutions, Recommendations and Timelines*, Consultative Document, Jul. 2011, 55-56.

²³ Cf. art. 1.º, n.º 1 do Aviso n.º 18/2012.

²⁴ Cf. art. 116.º-D, n.º 8 do RGISF.

²⁵ G. G. KAUFMAN, *Living Wills: Putting the Caboose Before the Engine and Designing a Better Engine*, 25 May 2010, 3.

²⁶ Cf. PAULO CÂMARA, *ob cit.*, 42.

²⁷ Cf. *infra* 7.

²⁸ A. J. LEVITIN, *ob cit.*, 468; E. AVGOULEAS/C. GOODHART/D. SCHOENMAKER, *Living Wills as a Catalyst for Action*, DSF Policy Paper Series, n.º 4, 2010, 11.

disso, não é possível prever com elevada precisão o cenário em causa, o estado do sistema financeiro e as restantes condições a vigorar no momento em que se aplicar o plano²⁹. Sendo possível que as acções e medidas previstas não sejam adequadas ou praticáveis.

3.2.3. Confidencialidade

A confidencialidade dos planos é essencial à eficácia total do plano, pois toda a sua informação é altamente sensível, sob pena de um forte impacto negativo se tornada pública, o que prejudicaria a competitividade entre as instituições. No entanto, esta é uma das principais preocupações das últimas, face ao elevado número de pessoas com conhecimento e contacto com os planos, em especial das autoridades competentes para a sua avaliação, elaboração, bem como do seu controlo e implementação, que em Portugal é o BdP.

O dever da confidencialidade está previsto nos arts. 116.º-D, n.º 5, do RGIC e 76.º da Proposta de Directiva. Todavia, é conveniente a celebração de acordos especiais de confidencialidade entre os intervenientes envolvidos, devido à sensibilidade da informação e à dificuldade de controlo ao acesso aos planos. Porém, podem surgir problemas práticos, atendendo à necessidade de conciliar a obrigação de confidencialidade à inúmera quantidade de pessoas em contacto com os planos.

3.2.4. Vinculatividade

Definir como os planos vão orientar e guiar as instituições e as autoridades supervisoras e de resolução, é um exercício complexo e para a qual não existe uma resposta determinada. A doutrina tem entendido que estes planos não têm carácter vinculativo³⁰. Neste sentido, A. J. LEVITIN não compreende como os planos possam ser vinculativos, justificando que os sistemas de resolução e liquidação não podem ser “auto-executáveis” (*self-executing*) se existir algum credor público. Com efeito, se não

²⁹ D. K. TARULLO, *Toward an effective resolution regime for large financial institutions*, Speech at the Symposium on Building the Financial System of the 21st Century, New York, 18 Mar. 2010, 4.

³⁰ Z. KUDRNA, *Cross-border resolution of failed banks in the EU: search for the second-best policies*, Paper to be presented at the ECPR Joint Sessions, Mar. 2010, 28.

são vinculativos, então terão um valor funcional reduzido, como um “*guia persuasivo*” para a resolução e insolvência da instituição³¹.

No caso português, o único ponto esclarecido é a não vinculação dos conteúdos dos planos perante o BdP e a não atribuição do “*direito à execução das medidas neles previstas*” às instituições ou a terceiros³².

Ora, se os planos não são vinculativos, cabe determinar em que termos devem ser entendidos. Se por um lado podemos concebê-los como uma análise estratégica, por outro lado, são configurados como planos dispostos a acionar em qualquer cenário de crise. Julgamos que a maneira adequada de compatibilizar ambos os conceitos será a de os conceber como instrumentos onde conste toda a informação e medidas relevantes, em conformidade com a legislação aplicável e que podem ser acionados a qualquer momento. De qualquer modo, a questão só poderá ser resolvida pela prática das autoridades de supervisão e de regulação, e até que a primeira instituição necessite da sua aplicação.

3.3. Atribuições e competências das entidades

3.3.1. Banco de Portugal

A par das várias competências e poderes do BdP, avulta um leque de atribuições, no domínio dos planos de recuperação e resolução, as quais se desdobram em:

- a) Intervenção regulatória – pela emissão dos Avisos n.º 12/2012 e n.º 18/2012 (art. 116.º-D, n.º 4, do RGIC) e de cartas circulares com recomendações (art. 8.º do Aviso n.º 12/2012 e 8.º do Aviso n.º 18/2012);
- b) Intervenção fiscalizadora – pelo controlo da verificação dos eventos que vão desencadear a implementação dos planos (*trigger events*);
- c) Intervenção operacional – que consiste em: i) avaliar os planos de recuperação (arts. 116.º, n.º 1, al. a) do RGIC e 2.º, n.º 5 do Aviso n.º 12/2012); ii) exigir à instituição a alteração e a revisão dos planos de recuperação ou a prestação de informações em falta (art. 6.º, n.º 1, do Aviso n.º 12/2012 e 5.º, n.º 1 do Aviso n.º 18/2012); iii) requerer a prestação de informações complementares (arts. 5.º, n.º 1 do Avisos n.º 12/2012 e 5.º, n.º 1 do Aviso n.º 18/2012); iv) elaborar, implementar e

³¹ A. J. LEVITIN, *ob cit.*, 468.

³² Cf. art. 116.º-D, n.º 9 do RGIC.

executar os planos de resolução (art. 1.º, n.º1 do Aviso n.º18/2012); v) exigir à instituição a revisão dos planos (art. 116.º-D, n.º 6, al. d), do RGIC); vi) eliminar os constrangimentos às medidas correctivas e de resolução, identificados a partir da análise dos planos de recuperação e da elaboração dos planos de resolução (art. 116.º-E, n.º 1 e 116.º-C do RGIC); vii) aplicar medidas correctivas (arts. 116.º-D, n.º 8 e 116.º-C do RGIC); e viii) apreciar os pedidos de isenção de relativos aos planos (arts. 166.º-D, n.º 14, do RGIC, 7.º, n.º 1 e 3 do Aviso n.º 12/2012 e 7.º, n.º 1, 3 e 4 do Aviso n.º 18/2012).

Tais poderes enquadram-se na supervisão prudencial, para garantir “*a liquidez e a solvabilidade das instituições de crédito desde que estas se constituem até que cessem a sua actividade*”³³. Por outro lado, permite-se assegurar a tomada de medidas para prevenir e diminuir o risco, para a recuperação ou resolução ordenada e sem efeitos sistémicos³⁴.

Constata-se que nem o RGIC³⁵, nem os Avisos do BdP, prevêm expressamente a quem compete a implementação e execução dos planos. Cabe à instituição a elaboração dos planos de recuperação, sob a supervisão do BdP, porque a sua aplicação pressupõe a manutenção da actividade. Sendo um dispositivo de governo da sociedade³⁶, e não faria sentido que a aplicação fosse autónoma e descontextualizada da sua gestão. Consideramos que os planos de resolução deverão ser aplicados pelo BdP, não só porque é a entidade competente para a sua elaboração, como para exercer os restantes poderes de resolução nos termos dos art. 145.º-A e ss. do RGIC. Deste modo, o BdP deve agir de forma objectiva e independente, no interesse exclusivo da estabilidade financeira e das instituições.

Neste sentido, parece-nos que a solução adoptada no Aviso n.º 18/2012 revela perigosidade, pela falta de conhecimentos internos do BdP para produzir um plano de resolução eficiente e pela incompatibilidade dessas funções com as suas funções de supervisão. O BdP não possui os recursos materiais e humanos para este procedimento, e, nem com a realização de *due dilligence*, conseguiria obter toda a informação sobre a instituição.

³³ Cf. arts. 116.º e ss. do RGIC. A supervisão divide-se em micro-prudencial quanto à solvabilidade e liquidez e em macro-prudencial quanto à prevenção e gestão do risco sistémico. Cf. L. MÁXIMO DOS SANTOS, *Regulação e Supervisão Bancária, Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, 76-86.

³⁴ Cf. 118.º, n.º 1 do RGIC.

³⁵ Cf. arts. 116.º-D e 145.º-A e ss. do RGIC.

³⁶ Cf. arts. 4.º, n.º 1 da Proposta de Directiva e 22.º da Directiva n.º 2006/48/CE.

Apesar da importância destas atribuições do BdP, pode configurar-se uma limitação dos direitos dos accionistas e da gestão da instituição. Porém, a limitação só é permitida na medida do necessário para defender a estabilidade financeira, conforme o princípio da proporcionalidade e adequação³⁷. Segundo este, as medidas tomadas para eliminar entraves à recuperação e resolução devem ser proporcionais à relevância sistémica da instituição e ao impacto que o seu colapso representaria, servindo essencialmente o interesse público.

3.3.2.O caso especial da competência do BdP para elaborar os planos de resolução

É imperioso, salientar a incoerência e contradição das soluções legais e regulamentares constantes nos arts. 116.º-D, n.º 1, do RGIC e 1.º, n.º 1 do Aviso n.º18/2012, para o efeito da competência para a elaboração dos planos de resolução, que é atribuída por um lado, às instituições, e por outro, ao BdP, respectivamente.

O RGIC³⁸, enquanto acto legislativo com carácter de força geral e hierarquicamente superior aos demais actos jurídicos³⁹, é uma norma legal imperativa face a qualquer regulamento⁴⁰, como é o caso dos Avisos do BdP, através dos quais são exercidos os seus poderes de supervisão, conferidos pelo art. 17.º da LOBP (Lei n.º5/98, de 31 de Janeiro)⁴¹⁻⁴². O âmbito substantivo da regulamentação nos Avisos deve dispor apenas sobre as “*directivas para a sua actuação e para assegurar os serviços de centralização de riscos de crédito, bem como aplicando-lhes medidas de intervenção preventiva, correctiva e de resolução, nos termos da legislação que rege a supervisão financeira*”⁴³. Sendo que o seu conteúdo vai depender das finalidades, extensão e directrizes das normas habilitantes do poder regulamentar.

³⁷ Cf. art. 139.º, n.º 2 do RGIC.

³⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

³⁹ Cf. art.112.º, n.º 1 e n.º 5 da CRP.

⁴⁰ Cf. art.112.º, n.º 7 da CRP.

⁴¹ Esta norma é o “*ponto legitimador da força normativa dos avisos*” a partir do qual o BdP emite as directivas e recomendações que considerar necessárias e adequadas, no âmbito das suas competências regulatórias. Cf. MARIA RAQUEL GUIMARÃES, MARIA REGINA G. REDINHA, *A força normativa dos avisos do Banco de Portugal – Reflexão a partir do Aviso n.º11/2001, de 20 de Novembro*, Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 708.

⁴² A. MENEZES CORDEIRO, *ob cit.* 191-194; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Coimbra, 2001, 122.

⁴³ Cf. 17.º da LOBP.

Assim, um Aviso não pode contrariar uma norma legal imperativa, como é o caso do art. 116.º-D, n.º 1, al. b), do RGIC, devendo subordinar-se à lei que o legitima, no que diz respeito ao seu alcance substantivo e material. Neste sentido, MARIA RAQUEL GUIMARÃES e MARIA REGINA G. REDINHA, consideram ser “*evidente, que o aviso nunca poderá contrariar norma legal imperativa e deve conter a sua eficácia normativa material ou substantiva aos moldes da lei que legitima a sua derivação regulamentar*”.

O art. 1.º, n.º1 do Aviso n.º18/2012 não poderia prever uma solução desconforme com o art. 116.º-D, n.º 1, al. b), do RGIC, e como tal essa disposição, destituída de legitimação regulamentar, é ilegal.

Efectuada esta análise, é necessário comparar o art. 116.º-D, n.º 1, al. b), do RGIC e a solução da Proposta de Directiva, que esse preceito veio transpor. O art. 116.º-D, n.º 1, al. b), do RGIC atribuí às instituições a competência para elaborar e apresentar ao BdP os planos de resolução, sendo desconforme com o previsto na art. 9.º, n.º 1, da Proposta de Directiva, no sentido que “*as autoridades de resolução, em consulta com as autoridades competentes, elaboram um plano de resolução*”, deixando ao critério de cada Estado-Membro a escolha da autoridade de resolução competente, entre supervisores, bancos centrais, ministérios competentes ou outras autoridades públicas administrativas⁴⁴.

A solução adoptada no art. 1.º, n.º1 do Aviso n.º18/2012 está de acordo com o preceituado na Proposta de Directiva, atribuindo a competência à autoridade de supervisão: o BdP. Contudo, a solução do RGIC desrespeita o conteúdo do preceito consagrado na Proposta de Directiva, pelo que houve a errada transposição, e por isso, está obrigado a corrigir o preceituado, no sentido de atribuir a competência ao BdP.

Portugal, enquanto Estado-Membro, deve transpor as Directivas respeitando o que nelas se encontra disposto, no prazo estabelecido⁴⁵. Com efeito, o legislador dispõe de um considerável grau de liberdade para escolher a forma e os meios adequados para seguir o resultado imposto pelas directivas, desde que o conteúdo do acto de disposição seja conforme com a directiva⁴⁶. JÓNATAS E. M. MACHADO considera que os Estados-

⁴⁴ Cf. art. 3.º, n.º 3 da Proposta de Directiva. Porém, teria de ser uma entidade pública, para evitar conflitos de interesses e garantir a sua independência, conforme o art. 3.º, n.º 2 da Proposta de Directiva.

⁴⁵ Cf. art. 288.º, § 3 do TFUE.

⁴⁶ Para uma maior análise, vd. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 1.ª ed., Almedina, 2004, 358-363; JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito da União Europeia*, Coimbra Editora, 2010, 201-208; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, Almedina, 2008, 279 a 287.

Membros não podem aprovar disposições que contrariem ou estejam desconformes com o disposto nas directivas, pondo em causa os seus objectivos e finalidades, ainda que produzam efeitos jurídicos, após a sua entrada em vigor⁴⁷. O primado do direito comunitário determina que o direito europeu tem superioridade absoluta sobre os direitos nacionais⁴⁸.

Assim, quanto ao art. 116.º-D, n.º 1, al. b), do RGIC, o legislador transpôs incorrectamente a Proposta de Directiva, e atribuiu a competência para elaborar e apresentar os planos às instituições de crédito, que i) não são autoridades de supervisão, bancos centrais, ministérios competentes ou outras autoridades públicas administrativas e ii) nem são autoridades públicas, conforme os arts. 3.º, n.º 3 e 9.º, n.º 1, da Proposta de Directiva. Não se verificando a sua correcção, a CE pode instaurar um processo de infracção contra o Estado, nos termos dos arts. 258.º e ss. do TFUE, pelo que o legislador deve alterar rapidamente o preceito.

O art. 1.º, n.º 1 do Aviso n.º18/2012 não é ilegal, porque está conforme com os arts. 3.º, n.º 3 e 9.º, n.º 1 da Proposta de Directiva⁴⁹, atribuindo a competência para elaborar o plano de resolução ao BdP e por o art. 116.º-D, n.º 1, al. b) do RGIC contrariar o conteúdo material daqueles preceitos.

Ademais e como já referido, sendo o BdP igualmente a autoridade de supervisão, pode constituir-se um potencial conflito de interesses⁵⁰, porque exerce poderes de supervisão prudencial sobre as instituições para manter a sua estabilidade e viabilidade

⁴⁷ “O TJUE tem sustentado a existência de uma obrigação de os Estados se absterem de aprovar qualquer disposição que contrarie os objectivos definidos pela directiva, (...) não podendo os Estados adoptar normas que lhe sejam contrárias e contraditórias, susceptíveis de comprometer seriamente, (...), a realização do objectivo prosseguido por essa directiva”. Cf. JÓNATAS E. M. MACHADO, *ob cit.*, 203.

⁴⁸ Acórdão do TJUE de 15 de Julho de 1964, processo 6/64, Flaminio Costa contra E.N.E.L. Vd. Anexo “A. Declarações Relativas a Disposições dos Tratados”, ponto “17. Declaração sobre o primado do direito comunitário”.

⁴⁹ O BdP também está vinculado às disposições provenientes de fonte comunitária, pois o primado do direito comunitário implica “para os próprios órgãos nacionais – prima facie, para os órgãos jurisdicionais, mas não só – a obrigação de garantirem a plena eficácia do direito comunitário, qualquer que seja a sua dignidade formal”. Cf. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *ob cit.*, 321.

⁵⁰ O sistema multipartido inglês é compatível com a Proposta de Directiva. O *Financial Services Act de 2012* implementou o seguinte sistema: i) o *Bank of England* é a autoridade de resolução, com responsabilidade macro-prudencial e competência para elaborar e aplicar os planos de resolução; ii) a *Prudential Regulation Authority* tem poderes de regulação e supervisão micro-prudenciais das instituições com relevância sistémica e aprecia os planos de recuperação; iii) a *Financial Conduct Authority* regula, fiscaliza e supervisiona a conduta das restantes instituições; iv) a *Financial Policy Committee*, em conjunto com o *Bank of England*, monitoriza e controla o risco sistémico; e v) o HM Treasury tem poderes directos sobre o *Bank of England* em situação de crise, quando os fundos públicos e a estabilidade financeira estejam em risco. Cf. M. SCHILLIG, *ob cit.*, 14-16.

financeira, e por outro lado, é a autoridade de resolução competente para aplicar os planos de resolução⁵¹. Ora, o incentivo para implementar esse plano será reduzido, porque tal intervenção, em última instância, é o reconhecimento que a sua actuação enquanto supervisor falhou e por isso, em parte também é responsável pela situação. Existe um risco potencial de o BdP adoptar uma postura de inacção, esperando que a instituição recupere por si.

Os aspectos acima destacados, longe de esgotar as atribuições do BdP, demonstram que este tem um papel fundamental enquanto interveniente regulador, fiscalizador e operacional no domínio dos planos, através dos poderes e deveres que lhe foram conferidos, para dotar tais instrumentos com credibilidade e robustez, executando-os ou supervisionando de forma eficaz. Porém e conforme mencionamos, verificam-se ainda algumas incoerências e incorrecções, que carecem de ser clarificadas e corrigidas.

3.3.3. Instituições de crédito

O aumento de instituições que passaram por situações de desequilíbrio financeiro ou até de insolvência, aliado à necessidade de protecção de todo o sistema financeiro, levou a que a apresentação de planos de recuperação e resolução abrangesse todas as instituições de crédito autorizadas a receber depósitos. Por outro lado, estão igualmente abrangidas as instituições financeiras e grupos bancários⁵², sujeitos à supervisão em base consolidada pelo BdP e que incluam instituições de crédito autorizadas a receber depósitos, com sede em Portugal⁵³, sem qualquer distinção em função do tamanho ou da relevância sistémica que representam. Assim, todas as instituições com estas características têm de apresentar planos de recuperação, nos termos dos arts. 116.º-D, n.º1, al. a), do RGIC e 2.º, n.º 5 do Aviso n.º 12/2012, bem como apresentar os elementos informativos necessários à elaboração pelo BdP dos planos de resolução, previstos no Anexo do Aviso n.º 18/2012, nos termos do art. 1.º, n.º 1 e 2, do Aviso n.º

⁵¹ Nos termos do art.3.º, n.º 6, da Proposta de Directiva, o BdP deve possuir a capacidade operacional, conhecimentos e recursos necessários, para exercer os seus poderes com *“a rapidez e flexibilidade necessárias para a consecução dos objectivos da resolução”*.

⁵² Cf. art. 1.º, n.º 4 do Aviso n.º 12/2012.

⁵³ O art.116.º-D, n.º 12 do RGIC excluiu as caixas de crédito agrícola mútuo associadas da Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo.

18/2018⁵⁴. Além disso, encontra-se plasmado no art. 116.º-D, n.º 13, do RGIC, a faculdade de o BdP de poder exigir a qualquer outra instituição sujeita à sua supervisão a apresentação de planos de recuperação e o fornecimento de elementos informativos para a elaboração dos planos de resolução.

Adicionalmente, impõe-se à empresa-mãe dos grupos bancários sujeitos a supervisão em base consolidada, a elaboração de planos de recuperação e a apresentação de elementos informativos, relativamente a cada instituição. Se a empresa-mãe tem sede no estrangeiro ou não está sob supervisão do BdP, a sua apresentação é efectuada pela instituição de crédito com sede em Portugal e se forem várias, a obrigação recairá na que deter “*um maior valor de balanço*”⁵⁵.

Nesse sentido, as instituições com menor dimensão ou sem relevância sistémica não devem ser alvo de um tratamento diferenciado e, por isso, não proceder ao planeamento da sua recuperação e resolução, porque a falha generalizada de um conjunto de instituições de crédito de pequena dimensão poderá causar igualmente efeitos devastadores para a economia, que os planos têm o objectivo de mitigar. Esta abordagem é a mais razoável, devido à possibilidade das autoridades de supervisão intervirem de forma flexível e adaptável, tendo em consideração as especificidades e características de cada instituição. Assim, não houve a criação de um regime de tratamento especial para as instituições de crédito e financeiras com maior dimensão, sendo que o sistema bancário deverá ser protegido na sua totalidade. Além disso, a relevância sistémica de uma instituição é difícil de prever com a antecedência necessária.

Por contraposição, nos EUA foi celebrado o *Dodd-Frank Act*, assinado em 21 de Julho 2010, para estender as regras de insolvência de instituições a grupos bancários e instituições não bancárias com actividades financeiras. Em Outubro de 2011, foi aprovado pela Reserva Federal e a *Federal Deposit Insurance Corporation* o instrumento “*the final rule*” que adoptou em definitivo o regime dos planos de resolução e recuperação, prevendo que as maiores *holdings* financeiras e instituições sistemicamente relevantes apresentem às autoridades supervisoras os planos por si

⁵⁴ Em 2013 ficam dispensadas de prestar os elementos as instituições cuja quota de mercado nacional, referente a depósitos captados em 31 de Dezembro de 2012, seja igual ou inferior a 2%. Cf. art. 10.º, n.º 2 do Aviso n.º 18/2012.

⁵⁵ Cf. art. 116.º-D, n.º 10 do RGIC, 3.º do Aviso n.º 12/2012 e 3.º do Aviso 18/2013. Sobre a supervisão em base consolidada: Cf. arts. 131.º e ss. do RGIC e 131.º, parágrafo 2 da Directiva 2006/48/CE.

criados, valendo-lhe várias críticas⁵⁶. Além disso, no Reino Unido, coube à FSA por orientação do “*Financial Services Act 2010*” a criação de regras para as instituições de maior dimensão ou com um grau de maior risco sistémico e autorizadas a efectuar depósitos bancários, a desenvolver planos de recuperação e resolução.

Contudo, as instituições que pretendam ficar isentas da elaboração dos planos de recuperação ou prestação de informações necessárias aos planos de resolução, podem efectuar um pedido de isenção ao BdP, de acordo com os arts. 7.º, n.º 1, do Aviso n.º 12/2012 e 7.º, n.º 1, do Aviso n.º 18/2012. O pedido de isenção deve justificar fundamentadamente, que a instituição preenche um dos seguintes critérios: a) a quota de mercado da instituição, quanto aos depósitos, ser inferior a 2%; b) a reduzida relevância da instituição no âmbito dos sistemas de pagamento, compensação e liquidação; e c) a reduzida dimensão e importância da instituição de crédito, em termos de número de clientes, ao nível nacional ou regional do sistema bancário ou financeiro nacional⁵⁷. Com excepção do critério previsto na al. a) que é objectivo, os critérios presentes na al. b) e c) são de difícil verificação, quantificação e determinação, dado o seu carácter subjectivo, não existindo indicadores de referência para aferir, de forma clara e precisa, a partir de que condições as instituições têm um papel determinante para esses efeitos.

É certo que o BdP deve apreciar individualmente cada caso porque duas instituições podem ser constituídas por elementos idênticos e apresentarem os mesmos resultados, e uma ter relevância sistémica e a outra não, levando a que só a última ficasse isenta. Estes critérios têm de verificar alguma subjectividade, porém, não concordamos com a ausência de qualquer indicador.

O pedido de isenção da prestação dos elementos informativos para o plano de resolução, deve ser apresentado até ao dia 31 de Janeiro de cada ano ao BdP, que deve decidir no prazo de 60 dias⁵⁸. Todavia, não foi estipulado prazo quanto ao pedido de isenção da apresentação de planos de recuperação, pelo que pode ser apresentado a qualquer momento ao BdP, que deve decidir no prazo de 30 dias⁵⁹.

Cada decisão de dispensa tem o prazo de validade de 3 anos, findo o qual a instituição deve submeter ao BdP um novo pedido. Além disso, o BdP pode revogar a

⁵⁶ D. SKEEL, *The New Financial Deal*, 2011, 8-11.

⁵⁷ Cf. arts. 116.º-D, n.º 14 do RGIC, 7.º, n.º 2 do Aviso n.º 12/2012 e 7.º, n.º 2 do Aviso n.º 18/2012.

⁵⁸ Cf. art. 7.º, n.º 3 e 4 do Aviso n.º 18/2012.

⁵⁹ Cf. art. 7.º, n.º 3 do Aviso n.º 12/2012.

decisão de dispensa a todo o momento, caso considere que já não se encontram reunidos os pressupostos subjacentes à sua decisão. Se no decorrer do prazo, a instituição deixar de preencher um dos critérios enunciados, utilizado como fundamento para a dispensa, deve informar imediatamente o BdP⁶⁰.

Esta asserção só está prevista para os casos de dispensa da prestação dos elementos informativos para o plano de resolução⁶¹. No entanto, parece-nos que essa regra se aplica também à isenção da apresentação dos planos de recuperação, porque o princípio aí subjacente é o mesmo, ou seja, não sobrecarregar desnecessariamente as instituições que não representem qualquer relevância sistémica para o sistema financeiro e que não têm impacto ou influenciem outras instituições negativamente. Assim, entende-se que essas instituições não têm de suportar os elevados custos e encargos da elaboração de planos de recuperação e da prestação detalhada dos elementos informativos para os planos de resolução.

Ademais, não se concorda que, relativamente à isenção da apresentação do plano de recuperação, a instituição não deva informar o BdP que deixou de preencher tal critério.

Entendemos que as instituições deveriam nomear um membro do órgão de administração como responsável pelas matérias relacionadas com os planos de recuperação e resolução, que deve estar identificado no plano. A atribuição desta competência adicional irá conferir aos planos um forte pendor de responsabilidade e autoridade, relativamente à sua elaboração, manutenção e aplicação, e enfatizar a sua importância.

Ainda que tenhamos apontado algumas falhas no regime português, são muitas as expectativas depositadas na solução abrangente e não discriminatória prevista nas novas medidas para garantir a viabilidade do sistema financeiro, enquanto catalisadora da integração de todas as instituições autorizadas a receber depósitos e das instituições financeiras e grupos bancários, sujeitos à supervisão em base consolidada, com instituições autorizadas a receber depósitos, com sede em Portugal.

⁶⁰ Cf. arts. 7.º, n.º 4 e 5 do Aviso n.º 12/2012 e 7.º, n.º 5, 6 e 7 do Aviso n.º 18/2012.

⁶¹ Cf. art. 7.º, n.º 7 do Aviso n.º 18/2012.

4. Plano de Recuperação

4.1. Conceito e caracterização funcional

Em matéria de prevenção, os planos de recuperação assumem um papel de relevância, através do planeamento prévio de um conjunto de medidas de carácter prudencial e informações que mitiguem, num curto espaço de tempo, o impacto financeiro e sistémico de uma situação potencial ou efectiva de desequilíbrio financeiro de uma instituição, provocada por choques negativos do mercado ou eventos idiossincráticos⁶².

Conforme enuncia o FSB, a natureza destes planos pressupõe que a situação da instituição não justifique a sua resolução e insolvência⁶³. Neste contexto, entende a EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA) que, para ser aplicado, deve haver uma perspectiva razoável da recuperação da vitalidade financeira da instituição⁶⁴.

Tais planos têm como objecto a manutenção de uma gestão consciente e atenta aos riscos desenvolvidos nas actividades e negócios de cada instituição, a par da previsão de medidas, mecanismos e processos que permitam superar uma situação de stress financeiro e reduzir a sua probabilidade de fracasso.

No caso do Northern Rock, a existência de um plano de recuperação robusto teria potenciado a revisão da sua estrutura jurídica, de governação e modelo de negócio, o que teria fornecido a real percepção do quanto estava dependente do instável mercado de titularização.

Os planos têm de ser credíveis e robustos, servindo o propósito de simplificação e clarificação das estruturas, unidades de negócio, segmentos de actividade e funções críticas levadas a cabo, bem como o planeamento da recuperação da viabilidade financeira, para identificar as principais falhas da instituição e as acções apropriadas a tomar. É essencial a sua integração no quadro da estrutura de governação da instituição e nos procedimentos de gestão do risco⁶⁵.

⁶²“Such recovery plans should largely resemble the plans of corporate enterprises when they start considering filing for Chapter 11 under the Bankruptcy Code”, com o mesmo sentido da semelhança entre o plano de recuperação imposto pelo art. 116.º-D, n.º1, alínea a) do RGIC e o plano de recuperação aprovado no âmbito do PER, nos termos do art. 17.º-C, n.º1, do CIRE, cf. N. G. PACKIN, *ob cit.*, 14.

⁶³Cf. FSB, *cit.*, Out. 2011, 33.

⁶⁴EBA, *Draft Regulatory Technical Standards: On the content of recovery plans under the draft directive establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms*, Consultation Paper, Mar. 2011, 7 e 8.

⁶⁵FSB, *cit.*, Out. 2011, 34.

Efectuado este enquadramento, podemos enunciar as principais características, para fazer face a situações de stress financeiro: a) a manutenção de recursos financeiros suficientes para a liquidez e solvabilidade; b) o desenvolvimento de medidas, mecanismos e processos para restabelecer os fundos próprios e restante capital, em resposta às perdas; e c) a previsão de estratégias, regras e procedimentos eficazes para lidar com as perdas e reduzir do nível de risco.

Em Portugal, este papel concretiza-se no art. 116.º-D, n.º 1, al. a) do RGIC, impondo que as instituições autorizadas a receber depósitos e as empresas-mãe de grupos sujeitos à supervisão do BdP, em base consolidada⁶⁶, estejam obrigadas a apresentar ao mesmo, um plano de recuperação que contenha medidas susceptíveis de serem adoptadas para corrigir oportunamente uma situação em que uma instituição de crédito se encontre em desequilíbrio financeiro, ou em risco de o ficar, accionáveis a qualquer momento, pelo seu órgão de administração⁶⁷.

Em primeiro lugar, a imposição deste dever tem como objectivo a criação de um sistema alternativo à resolução e aos apoios financeiros públicos extraordinários, prejudiciais ao funcionamento do mercado financeiro e penalizadores para os contribuintes⁶⁸, pelo que o art. 2.º, n.º 2, do Aviso n.º 12/2012, enuncia expressamente que os planos de recuperação “*não devem pressupor o acesso ou a disponibilização de apoio financeiro público extraordinário*”. Este preceito configura uma importante solução face às implicações negativas que tais apoios representam, desencorajando a sua utilização. Parece-nos, no entanto, que esta disposição sempre será dirigida às autoridades nacionais, que impulsionaram no passado, irreflectidas operações de resgate financeiro com efeitos negativos para o mercado interbancário e financeiro.

No entanto, o art. 2.º, n.º 3 do Aviso n.º12/2012 permite que os planos de recuperação incluam a “*análise da possibilidade de, em última instância [a instituição] recorrer a operações extraordinárias de financiamento de Banco Central, caso venham a ser disponibilizada, tendo em consideração o colateral disponível para o efeito*”. Esta salvaguarda é importante, porque em face aos obstáculos encontrados no financiamento no mercado internacional de dívida, as instituições nacionais recorrem ao financiamento

⁶⁶ Estão apenas sujeitos a este dever, os grupos que incluam instituições autorizadas a receber depósitos com sede em Portugal, nos termos do n.º 1 do art. 1.º, do Aviso n.º 12/2012.

⁶⁷ Cf. art. 116.º-D, n.º5º do RGIC.

⁶⁸ “*They should not assume the use of extraordinary public support*”. Cf. A. BAILEY, *cit.*, 5.

junto do BANCO CENTRAL EUROPEU. Assim, se a instituição pretenda valer-se desses financiamentos extraordinários, deve para além da citada análise, fazer constar do plano que colateral será apresentado, *e.g.* que activos o podem garantir.

Mas o plano de recuperação é, igualmente, uma forma de protecção do mercado financeiro quanto aos efeitos adversos resultantes da resolução de uma instituição. Pese embora, a sua aplicação pressuponha um cenário efectivo ou potencial de crise, a manutenção destes planos incrementa a confiança numa boa governação e na continuidade das suas actividades, dando um conhecimento mais amplo da complexidade das estruturas e sistema legal de financiamento. Tal conhecimento é relevante para a autoridade de supervisão, facilitando a preparação para uma actuação eficaz, se posteriormente ocorrer a insolvência da instituição, e para o seu órgão de administração que adquirirá um seu conhecimento mais profundo.

É ao órgão de administração que cabe a elaboração criteriosa do plano de recuperação, antes de ser apresentado ao BdP, nos termos do art. 116.º-D, n.º 5 do RGIC, que deve ter a participação de profissionais especializados em reestruturações, ao deterem um conhecimento prático das medidas e acções adequadas ao cenário de crise, bem como dos respectivos pressupostos, efeitos, consequências, dependências, impasses e obstáculos.

4.2.O conteúdo dos planos de recuperação e a sua articulação com as regras prudenciais da actividade bancária

As opções e acções constantes dos planos de recuperação devem ser estruturadas, com base no funcionamento das instituições e no curso ordinário das suas actividades e operações. Em consequência o plano de recuperação também estará estruturado de modo a acompanhar a evolução das condições económicas e comerciais, sendo essas medidas e acções as adequadas face às específicas necessidades das instituições em cada momento do período de desequilíbrio⁶⁹.

Os arts. 116.º-D, n.º 2 do RGIC e 2.º, n.º 4 do Aviso n.º 12/2012, enunciam os elementos a constar do plano de recuperação, a partir dos quais a instituição reagirá adequadamente, em situação de crise financeira, que expomos de seguida.

⁶⁹ N. G. PACKIN, *ob cit.*, 14.

Em primeiro, deve constar do plano uma síntese com os seus principais elementos, também designado de *executive summary*, incluindo a análise estratégica e a síntese da capacidade da recuperação global da instituição (al. a) do n.º4). O sumário executivo proporcionará ao BdP uma visita guiada às estruturas basilares do plano de recuperação, sobre os quais assentam as medidas, mecanismos e processos que aí constem. Percorrendo o sumário executivo, o BdP ficará também a conhecer e a perceber as opções de recuperação propostas e que essas são as adequadas face à capacidade de recuperação da instituição.

Se a instituição já apresentou plano de recuperação anteriormente, esta deve discriminar no novo plano as alterações significativas ocorridas na instituição desde esse momento (al. b) do n.º4).

Deve ser apresentado pela instituição um plano formal de comunicação e divulgação que descreva como a instituição deve gerir eventuais reacções negativas do mercado (al. c) do n.º4), incluindo as divulgações que possam ser efectuadas para os credores, clientes e público em geral, para manter a confiança na viabilidade da instituição. O conteúdo das divulgações deve ser claro e adequado, face à aplicação atempada das medidas a executar no plano⁷⁰.

A al. d) do n.º4, exige reforça a adopção de medidas com carácter prudencial relacionado com o capital, solvabilidade e liquidez, e dá cumprimento a um dos principais objectivos do plano, a manutenção das actividades e funções críticas da instituição, durante eventos de stress financeiro.

Ao nível do capital, deve atender-se às novas orientações do Acordo de Basileia III⁷¹⁻⁷², e também às regras constantes dos arts. 94.º e seguintes do RGIC, e finalmente,

⁷⁰ FSA, *Recovery and Resolution Plans*, Consultation Paper, CP11/16, Ago. 2011, 26.

⁷¹ Têm relevância para o presente efeito, as seguintes orientações constantes do Acordo Basileia III, adoptado em Dezembro de 2010, pelo Comité de Supervisão Bancária da Basileia

- (a) Pilar 1: reforço dos rácios mínimos de capital; alteração da definição dos capitais elegíveis com o reforço do *Tier 1* e 2 e eliminação do *Tier 3*; exigência de reservas de capital e capital contraciclo (*Capital Conservation Buffers*) para ser utilizado em eventos de crise financeira; previsão de novas regras de cobertura e mediação de risco; previsão de um rácio de endividamento;
- (b) Pilar 2: novas regras de governação das instituições, gestão e concentração de risco, política de remunerações, valorização de activos, testes de stress (*stress testing*), parâmetros contabilísticos aplicáveis aos instrumentos financeiros e princípios mais apertados de supervisão prudencial.

Cf. M. MAGALHÃES, *A Evolução do Direito Prudencial Bancário no Pós-Crise: Basileia III e CRD IV*, O Novo Direito Bancário, Almedina, 2012, 319-320; BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems - revised version*, 2011; E. D. SÁ E SILVA, *Basileia III - Recentes Desenvolvimentos na Regulamentação Prudencial da Actividade Bancária*, inforBANCA, Revista do Instituto de Formação Bancária, ano XXII, n.º 86, Out./Dez. 2010, 8.

ao reforço da solidez financeira, através de operações de recapitalização, nos termos da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de Novembro⁷³.

Tendo presente este enquadramento, as instituições devem criar um plano de capital contingente⁷⁴ para evitar violar o rácio mínimo de capital de 8% e assegurar os níveis de capital mínimo, sendo desejável que consigam manter-se acima do que é exigido, pelo menos nos momentos em que não se encontram em crise.

Quanto à recapitalização, é relevante sobressair o reforço dos capitais através do aumento de capital da instituição⁷⁵, pelo que as condições em que será desencadeado (*trigger events*), devem constar no plano de recuperação.

Veja-se, ainda, como modalidade de recapitalização, os valores mobiliários de conversão contingente em acções comuns (*contingent convertibles* ou *CoCos*) (“CoCos”), que são instrumentos financeiros híbridos, ao abrigo dos quais é possível reforçar o capital da instituição, perante uma situação de stress financeiro, cumprindo os requisitos de solvabilidade impostos, e com um custo muito inferior ao da emissão de acções comuns⁷⁶, tendo como características: i) carácter de permanência, sem prazo determinado de vencimento ou com prazo inferior a 30 anos; ii) têm origem em capital que pertence a terceiros, sem qualquer direito social; iii) a sua remuneração é imprevisível; e iv) a sua conversão é automática e depende da ocorrência de um evento de contingência, que implicará a absorção das perdas que daí resultem. Esses eventos

⁷² “We see the Living Will exercise as running in tandem with the new Basel proposals to increase capital substantially” Cf. E. AVGOULEAS/C. GOODHART /D. SCHOENMAKER, *ob cit.*, 2.

⁷³ Diploma revisto pelas Leis n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, 55-A/2011, de 31 de Dezembro e 4/2012, de 11 de Janeiro.

⁷⁴ É com base em tal realidade que se defende, “There is, therefore, a read across from the “Living Wills” exercise to the question of how much capital banks should hold. Almost no amount of capital is enough if things are bad enough. Which is why contingent capital might potentially be an important element in banks’ recovery plans”. Cf. P. TUCKER, *The crisis management menu*, Speech at the Bank of England, at the SUEF, CEPS and Belgian Financial Forum Conference: “Crisis Management at the Cross-Roads”, Brussels, Nov. 2009, 5.

⁷⁵ PAULO CÂMARA, *ob cit.*, 61 e 62.

⁷⁶ A sua admissibilidade está prevista nos arts. 3.º do RGIC e 2.º do CVM. Estes instrumentos são elegíveis como fundos próprios de base se cumprirem as condições enunciadas no art. 63.º da Directiva 2006/48/CE. O Aviso n.º 4/2012, que alterou o Aviso n.º 3/2011, prevê a utilização de *CoCos* integrados nos fundos próprios como modalidade de recapitalização, porque integram o *Core Tier 1*, se subscritos pelo Estado e aprovados pelo BdP, em conformidade com o Aviso n.º 6/2010. No mesmo sentido, também se pronunciou a EBA. Cf. EBA, *Recommendation on the creation and supervisory oversight of temporary capital buffers to restore market confidence*, 2011; P. CÂMARA, *ob cit.*, 28; E. AVGOULEAS/C. GOODHART /D. SCHOENMAKER, *ob cit.*, 4; P. TUCKER, *ob cit.*, 5.

são os *trigger events*, determinados em momento prévio, e que devem constar do plano⁷⁷.

Neste sentido, PAULO CÂMARA considera que a emissão de *CoCos* produz potenciais efeitos positivos para os rácios prudenciais das instituições. Este é, portanto, um importante “*factor disciplinador da gestão de instituições de crédito*”, que contribui para a diminuição da realização de processos de nacionalizações, porque os *CoCos* servem “*de instrumentos para financiamentos públicos sem envolverem, ao menos em termos imediatos, a emissão de acções*”⁷⁸.

Tanto o respeito dos rácios mínimos de capital, como as modalidades de recapitalização da instituição, contribuem para a diminuição do risco e a desalavancagem, diminuindo a necessidade de financiamento das instituições e a probabilidade da sua resolução.

Em matéria de liquidez, as instituições devem prever os procedimentos para assegurar a sua liquidez actual e para gerar liquidez adicional, em situação de crise financeira, de acordo com o art. 94.º e seguintes do RGIC e o Acordo da Basileia III, que inova com um quadro regulatório da liquidez⁷⁹.

Não está prevista qualquer disposição que exija a demonstração, de que a instituição reúne as condições necessárias para a manutenção da liquidez e fundos próprios, em eventos de crise. Assim, não estão directamente obrigadas a fazê-lo, mas se tal não for cumprido, irão gerar-se problemas de falta de confiança nas suas medidas, estruturas e organização, prejudicando a execução efectiva do plano.

As instituições devem, igualmente, elaborar um calendário previsível para os eventuais momentos relativos à execução de cada aspecto significativo do plano (al. e), do n.º4), o que assegurará a implementação atempada das opções de recuperação.

⁷⁷ São exemplos reais de *trigger events*, “*nas Enhanced Capital Notes emitidas pelo Lloyds Banking Group, a conversão opera (...) se (...) o seu rácio consolidado de fundos próprios de Core Tier 1 é inferior a 5% operando ainda (...) alteração no controlo*”; “*nas PPDS Convertible Notes emitidas pela Yorkshire Building Society, (...) o rácio consolidado de fundos próprios de Core Tier 1 é inferior a 5%*”; e “*as Buffer Capital Notes emitidas pelo Credit Suisse Group convertem-se em acções ordinárias quando o ratio common equity tier 1 (...) é inferior a 7% ou a determinação pela autoridade de supervisão*”. Cf. MIGUEL BRITO BASTOS, *ob cit.*, 207.

⁷⁸ PAULO CÂMARA, *ob cit.*, 28 a 29.

⁷⁹ O Acordo de Basileia III estabelece o “*liquidity coverage ratio*” que garante que a instituição detém activos líquidos que lhe permitam resistir pelo menos 30 dias num evento de escassez de liquidez e ao “*net stable funding ratio*” que faculta a gestão adequada das diferentes maturidades dos seus fluxos. Cf. MIGUEL BRITO BASTOS, *ob cit.*, 320,

Caso existam impedimentos ou obstáculos significativos à execução atempada e eficaz do plano, a instituição deve apresentar uma lista discriminada dos mesmos, (al. f), do n.º4), devendo ser razoavelmente antecipável, através de factos e acontecimentos adversos que ponham, ainda que potencialmente, em causa o bom funcionamento e a efectividade da execução do plano ou a estabilidade da instituição.

A instituição deve ainda, que proceder à identificação das suas funções críticas relevantes (al. g), do n.º4). Aqui também não é feita referência ao impacto que a alteração nessas funções pode ter no sistema bancário e financeiro ou sobre outras entidades. Tal vai que obstar a que se atinja um dos objectivos do planeamento da recuperação, nomeadamente, a protecção das funções críticas da instituição e a influência sistémica que exercem, podendo até trazer efeitos negativos à economia nacional.

Parece-nos que se deveria ter promovido igualmente a identificação e classificação de outros elementos informativos relacionados, designadamente, dos segmentos de actividade, unidades de negócio, processos operacionais, activos, passivos da instituição, bem como a sua jurisdição aplicável⁸⁰. Concretamente, os planos de recuperação pressupõem o fornecimento e a previsão das informações com relevância para a eficácia e execução do plano, o que não se coaduna com a ausência de informações tão relevantes. Por essa razão, gerar-se-á a potencial incompletude do plano, tornando-o em alguns aspectos ineficazes, face aos resultados pretendidos.

Questionamo-nos como podem ter sucesso as medidas de capital e liquidez, previstas para a continuidade dos segmentos de actividade, se em nenhuma das als. do n.º4, se solicita a sua identificação ou descrição. O BdP terá dificuldades em acompanhar a adequação das medidas do plano, se desconhece os segmentos de actividade a que se aplicam ou o montante do capital alocado para o efeito. E o mesmo se dirá, relativamente aos restantes elementos, por similar ordem de razões.

É, ainda, necessário a descreverem-se, os processos para a determinação do valor e viabilidade comercial dos principais segmentos de actividade, operações e activos da instituição (al. h), do n.º4). Conforme acima exposto, é difícil determinar estes

⁸⁰ A instituição, a partir daqui, poderá avaliar convenientemente que jurisdição lhe oferece um sistema legal mais favorável. Cf. N. G. PACKIN, *ob cit.*, (109).

elementos, se os segmentos de actividade, operações e activos da instituição, não estiverem identificados e discriminados.

Assim, assiste à instituição o dever de descrever detalhadamente a integração do planeamento da recuperação na estrutura de governação da instituição, bem como as políticas e procedimentos que regulamentam a preparação, aprovação e execução do plano, e a identificação das pessoas responsáveis pelo plano (al. i), do n.º4), com os quais o BdP contactará directamente.

Enquanto intimamente ligada às medidas enunciadas na mencionada al. d), deve prever-se no plano os mecanismos e medidas para i) conservar ou restabelecer os fundos próprios da instituição⁸¹, ii) reestruturar passivos, iii) reduzir o risco e o nível de alavancagem, (al. j), do n.º4), porque ambas respeitam ao reforço do capital.

Para além das modalidades de recapitalização da instituição mencionadas, quanto aos fundos próprios, os planos de recuperação devem, nos termos dos arts. 96.º e 97.º do RGIC, garantir que não serão inferiores ao capital social mínimo e que correspondem a pelo menos 10% dos lucros líquidos apurados em cada exercício, devendo ser afectos à constituição de uma reserva legal até ao montante do capital social.

Especificamente, estes planos também devem assegurar a constituição de reservas de conservação de capital (*Capital Conservation Buffers*), em momentos de crescimento e expansão económica, a utilizar nos eventos de stress financeiro, para fazer face às perdas da instituição⁸². Estas reservas de capital foram enfatizadas no Acordo de Basileia III, sendo “como um escudo de protecção (*rectius* de conservação) para cumprir o rácio de solvabilidade”⁸³ e correspondendo a 2,5% dos activos ponderados da instituição. Tais reservas desempenham um papel essencial para a recuperação da instituição, pois diminuem a sua necessidade de financiamento, reduzindo eficazmente os níveis de risco e alavancagem e a probabilidade de insolvência⁸⁴.

⁸¹ Também enunciado no art. 116.º-D, n.º 2, alínea a), do RGIC.

⁸² Constate-se que as instituições devem considerar que as reservas de capital contingente podem não ser suficientes para fazer face a todas as perdas. Neste sentido, “*When considering recovery options to deal with capital difficulties, a firm should consider the possibility that its CPB may be inadequate to absorb losses during a crisis*”. Cf. FSA, *cit.*, Aug. 2011, 24.

⁸³ MANUEL MAGALHÃES, *ob cit.*, 333.

⁸⁴ Alguns autores têm entendido que a reserva de conservação de capital se trata de uma hipótese inviável e demasiado complexa para ser exigida às instituições como resposta aos eventos de stress financeiro, nomeadamente, no que diz respeito às SIFIs. Cf. J. C. COFFEE, JR., *ob cit.*, 9-33; A. R. ADMATI/P. M. DEMARZO/M. HELLWIG/P. PFLEIDERER, *Fallacies, Irrelevant Facts, and Myths in the Discussion of*

A redução dos níveis de risco e alavancagem também se pode efectuar através, por exemplo, do encerramento de posições no mercado, venda de activos ou unidades de negócio⁸⁵, devendo para o efeito, o plano de recuperação, apresentar propostas nesse sentido. Porém, as opções contempladas devem ser acompanhadas de uma avaliação do seu impacto na instituição, grupo em que está inserida e no mercado bancário e financeiro. Tal avaliação não só pressupõe a coordenação das condições em que se poderão desencadear cada uma dessas opções, como a disponibilização de toda a informação relevante, na qual as instituições se basearam, nomeadamente, a percentagem do risco e alavancagem que a partir daí diminuí, o benefício financeiro a encaixar, os efeitos nos seu segmentos de actividade ou outras unidades de negócio e a influência que terá na confiança que o restante mercado financeiro tem na instituição.

As instituições têm igualmente de fazer constar do plano, os mecanismos e medidas que garantam o acesso a financiamento de contingência, indicando potenciais fontes de liquidez, a avaliação do colateral disponível e a possibilidade de transferência de liquidez entre unidades de negócio e segmentos de actividade do grupo a que pertençam (al. k), do n.º4), para continuidade das suas operações e cumprimento das obrigações vencidas. Dada a sua importância, as instituições devem criar um mecanismo de controlo a constar do plano, para monitorizar periodicamente a sua necessidade de utilização de financiamentos dos bancos centrais, para manutenção dos standards de liquidez exigidos. Adicionalmente, podem ser indicados possíveis acordos legais, a celebrar com esses bancos, adoptando desde logo o colateral a disponibilizar para o efeito ou outras formas de pagamento⁸⁶.

No leque variado de elementos informativos a constar dos planos, incluem-se ainda os mecanismos e medidas para i) reestruturar unidades de negócios, ii) manter o acesso ininterrupto às infraestruturas dos mercados financeiros e iii) manter o funcionamento continuado dos processos operacionais da instituição, abrangendo as infraestruturas e serviços de tecnologias de informação, (al. l), m) e n), do n.º4).

As instituições devem procurar várias opções para a reestruturação das suas unidades de negócio, algumas dessas mais radicais, como medidas preparatórias para a

Capital Regulation: Why Bank Equity Is Not Expensive, Stanford GSB Research Paper, n.º 2065, 2010, 45-49.

⁸⁵ Exemplos dados pelos seguintes autores: A. R. ADMATI/P. M. DEMARZO/M. HELLWIG/P. PFLEIDERER, *ob cit.*, 4; P. TUCKER, *cit.*, 5.

⁸⁶ N. G. PACKIN, *Ob. Cit.*, 21.

sua extinção ou venda, em todo ou em parte, ou de outros activos, bem como a venda da instituição⁸⁷. Em suma, deve prever-se opções deste tipo e os termos em que ocorreriam, principalmente para instituições de maior dimensão, porque atribuí uma maior confiança na viabilidade a longo prazo da instituição após tais operações.

Se após a análise do plano, e caso seja detectado algum constrangimento ou obstáculo operacional ou legal ou resultante do modelo de negócio adoptado, o BdP pode exigir a sua remoção, nos termos do art.116.º-E, n.º1, do RGIC.

Mais, o BdP pode determinar a alteração da organização jurídico-societária ou do seu grupo, e da estrutura operacional ou do grupo em que se insere, nos termos do n.º2, al. a) e b) do referido preceito. É inegável que, na reestruturação das unidades de negócio prevista no art. 116.º-D, n.º 4, al. 1, não esteja incluída a simplificação da estrutura jurídica da instituição, que permita a identificação e separação de cada unidade, caso seja necessária a transferência para outra entidade do grupo ou terceiro. Com efeito, se no plano de recuperação a instituição, desde logo, alterasse e simplificasse a sua estrutura, em princípio deixaria de ser necessário que o BdP interviesse unilateralmente, ingerindo-se na esfera dos seus poderes.

Tal evidencia que a elaboração de um plano de recuperação pode presidir a uma simplificação das estruturas jurídicas das instituições para uma maior transparência e coerência, permitindo uma supervisão mais eficaz, sobretudo, no que respeita a grupos bancários com grandes dimensões. A redução da complexidade das estruturas das instituições é um dos principais objectivos da imposição da elaboração destes planos. Porém, é ponto assente que os mercados tendencialmente consideram um grupo bancário como um todo, não detectando a sua estrutura legal⁸⁸.

É dirigido ainda às instituições o dever de apresentar mecanismos preparatórios para facilitar a alienação de activos ou unidades de negócio ou actividades, num prazo adequado para restabelecimento da solidez financeira (al. o), do n.º4).

⁸⁷ Cf. FSA, *cit.*, Aug. 2011, 25; DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Working Document: Technical details of A Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution*, 19.

⁸⁸ No caso do Lehman Brothers, as suas subsidiárias tiveram muita dificuldade em sobreviver no mercado, após o anúncio da sua insolvência. Enquanto o nome estiver associado ao colapso de uma instituição do grupo a que pertence, os agentes de mercado não farão negócio com essas instituições, face ao risco que representam e à perda generalizada da sua confiança. Veja-se, o caso do Fortis, em que as subsidiárias que se mantiveram após o seu colapso, foram vendidas e redenominadas para Fortis Bank Nederland e BNP Paribas Fortis. Cf. E. AVGOULEAS/C. GOODHART/D. SCHOENMAKER, *ob cit.*, 4,

As instituições devem igualmente apresentar outras medidas ou estratégias de gestão para restabelecer a solidez financeira⁸⁹ e potenciais efeitos financeiros, assim como outras medidas preparatórias tendentes a facilitar a execução do plano, nomeadamente, para uma recapitalização atempada (al. p) e q), do n.º4, respectivamente).

Adicionalmente, deve ser apresentada uma avaliação que indique a efectividade das medidas previstas para o restabelecimento da vitalidade da instituição e do grupo, exigindo-se que sejam tidos em consideração diversos cenários de dificuldades financeiras, (al. r), do n.º4). Neste âmbito, o n.º 4 não estabelece igualmente a obrigação de as instituições destacarem e desenvolverem os processos de decisão e execução de cada medida⁹⁰ e nem os respectivos cenários, a partir dos quais devem ser desencadeadas (*trigger events*) pelas instituições e na falta de acção destas, pelos supervisores, que deverão agir rapidamente. Ora, a verificação destes elementos no plano é essencial para a sua execução, face à difícil averiguação, podendo desencadear divergências interpretativas aquando da sua avaliação pelo BdP ou no momento em que forem aplicadas pela instituição, ou caso seja determinado pelo BdP.

Retenha-se, em complemento do exposto, que os *trigger events* devem, nomeadamente: i) ser articulados através de indicadores qualitativos e quantitativos; ii) ter carácter oportuno e atempado; iii) ser regulados tendo por base um vasto catálogo de diferentes cenários de stress, ao nível da instituição, grupo a que pertence e do mercado em que se insere; iv) permitir identificar a sua violação de forma clara pelo BdP; v) ser facilmente monitorizados pelos responsáveis da instituição pelo plano, bem como pelo BdP; e vi) indicar critérios que representam eventos de stress financeiro, nomeadamente, rácios de liquidez e capital, nível de risco, entre outros⁹¹.

Porém, a instituição não pode deixar de estar preparada, se accionar o plano, caso necessário, ainda que não se tenha desencadeado nenhum dos *trigger events*, tratando-

⁸⁹ A título de exemplo, podem prever i) a redução de trabalhadores, interdependências estruturais, contratuais, financeiras e operacionais existentes, ii) a transferência para outra instituição de algumas das suas actividades ou funções críticas ou iii) a redução dos custos operacionais, despesas, custos com os trabalhadores, nomeadamente, com remunerações e prémios. Cf. INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE, *A Global Approach To resolving Failing Financial Firms: An Industry Perspective*, May 2010, 30-31.

⁹⁰ “*The recovery plans need (...) include clearly articulated trigger*”. Cf. N. G. PACKIN, *ob cit.*, 14.

⁹¹ “*A key component of the RRP framework is the determination of when the firm will implement aspects of its Recovery Plan. Firms will be required to develop their own trigger (...)*”. Cf. FSA, *cit.*, Aug. 2011, 27.

se de uma situação em que a viabilidade da instituição está em risco. Aliás, pode igualmente prever-se determinados *trigger events* que não impliquem imediatamente a aplicação do plano, mas sejam um alerta para as instituições e para o BdP, envolvendo a aplicação de outras medidas preventivas.

Efectuada esta explicação, importa então destacar que, sem a sua previsão, tornar-se-á complexo apresentar uma avaliação adequada da efectividade das medidas, tendo em consideração os vários cenários. Atendendo ao seu pendor marcadamente técnico e à complexidade própria destas matérias, o BdP não se pode limitar com uma avaliação que não contenha os momentos e as condições a partir das quais são aplicadas as opções consagradas no plano, bem como os processos de decisão e execução das medidas. Acreditamos ainda que o BdP não poderá analisar a referida avaliação, se não tiver esses elementos.

Adicionalmente, parece-nos relevante constar do plano, os *trigger events* que determinem que a instituição padece de uma situação de crise irrecuperável, em que deve ser accionado o plano de resolução, isto é, a partir do qual se encerra a aplicação do plano de recuperação e se acciona o plano de resolução. Ainda, que o plano de resolução preveja os seus *trigger events* específicos, não deixa de ser necessária a sua articulação neste âmbito⁹².

Finalmente, nos planos de grupo, as instituições têm de apresentar para cada cenário os obstáculos, nomeadamente, i) à aplicação das medidas de recuperação existentes no grupo, ii) à célere transferência de fundos próprios, ao reembolso dos passivos ou dos activos e iii) a indicação dos eventuais apoios financeiros intragrupo e dos impedimentos à execução relativa a entidades com sede no estrangeiro (al. s) e t), do n.º4, respectivamente).

Importando a identificação das dependências existentes entre as entidades que integram o grupo, cabe realçar que as als. s) e t) não consagram tal obrigação. O seu carácter relevante tem origem na importância que configura a identificação das independências que afectem, designadamente, o seu financiamento, capital e liquidez, garantias e acordos de financiamento intragrupo, que devem ser tidas em consideração. É o caso, por exemplo, de dependências operacionais ou económicas. Dado o relevo

⁹² “*Firms should prepare Recovery Plans and contribute to Resolution Plans*”. Cf. P. TUCKER, *Resolution – a progress report*, Speech at the Institute for Law and Finance Conference, Frankfurt, May 2012, 5.

também deveriam ser identificadas as dependências existentes com outras instituições terceiras, bem como o seu potencial impacto financeiro.

O art. 116.º-D, n.º 7, do RGIC e o art. 5.º, n.º 1, do Aviso n.º 12/2012, possibilitam que o BdP solicite informações complementares, no prazo de 90 dias a contar da recepção do plano ou da prestação de informações em falta. Tal solução permitirá que o BdP solicite todas as informações, que mencionamos ao longo deste ponto não previstas nas als. do n.º4.

Contudo, não nos parece que seja a solução ideal para a sua ausência de previsão, sendo um total desperdício de recursos, quando essas informações poderiam ser inicialmente recebidas com a apresentação dos planos, em vez de solicitadas pelo BdP e posteriormente prestadas pelas instituições no curto prazo de 30 dias a contar do respectivo pedido⁹³.

Discordamos que a ausência seja intencional, porque a prestação de informação complementar foi pensada para as situações em que são necessários elementos mais detalhados face à informação exigida, nos termos do art. 2.º, n.º 4, do Aviso n.º 12/2012, ou esclarecimentos adicionais que o BdP eleja como essenciais para a avaliação do plano, conforme o art. 5.º, n.º 2 do Aviso. Além disso, essas informações são elementos chaves para a efectividade da execução do plano e não meros pormenores a ser indicados no seguimento das opções apresentadas.

O BdP deveria fazer assim uso da prerrogativa que lhe é atribuída pelo art. 8.º do Aviso n.º 12/2012, e emitir uma carta circular que clarifique e descreva de forma completa e adequada, todos os elementos essenciais à avaliação e execução do plano não constantes do art. 2.º, n.º 4 do Aviso n.º 12/2012, e que enunciámos.

No caso de faltar algum dos elementos do art. 2.º, n.º4, do Aviso n.º 12/2012, o BdP tem o prazo de 45 dias para requerer às instituições a sua prestação⁹⁴, que têm 30 dias a partir daí para facultarem ao BdP a informação em falta.

Efectuada a completa caracterização do conteúdo essencial do plano de recuperação, importa agora fazer uma breve referência no domínio da apresentação, avaliação e aprovação do plano.

⁹³ Cf. art. 5.º, n.º1 e 3, do Aviso n.º 12/2012.

⁹⁴ Cf. art. 2.º, n.º7, do Aviso n.º 12/2012.

4.3.A apresentação dos planos de recuperação

Nos termos do art. 2.º, n.º 5 do Aviso n.º12/2012, os planos de recuperação são submetidos ao BdP, anualmente, até ao dia 30 de Novembro de cada ano, salvo se nos 90 dias anteriores a esta data a instituição proceder à revisão do plano⁹⁵.

Em segundo, o BdP deve analisar a conformidade das opções consagradas no plano de recuperação com os objectivos de recuperação da viabilidade financeira, delineados nos termos do art. 116.º-D, n.º1, al. a) do RGIC.

Em terceiro, e cingindo-se ao que consta do plano, o BdP deve avaliar as opções aí consagradas(individualmente e em conjunto), os benefícios materiais que daí resultam, o seu impacto na situação financeira da instituição ou do grupo e se reconduzem efectivamente à recuperação da instituição.

É neste âmbito, que o BdP averigua se as propostas do plano são credíveis, realistas e suficientes para conferir a sua eficaz implementação e restabelecer a viabilidade financeira da instituição.

Por outro lado, seguindo a orientação do DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, o BdP não deve deixar de verificar a compatibilidade e articulação com o plano de resolução, de modo a preparar adequadamente a resolução ordenada da instituição⁹⁶.

Ao nível do risco sistémico, o BdP tem de avaliar todos os obstáculos e impedimentos referidos pela instituição no seu plano e verificar se existem outros não identificados, relativamente à implementação do plano e ao impacto sistémico que a sua aplicação pode implicar, se outras instituições accionarem os respectivos planos num período temporal coincidente⁹⁷.

Por fim, as opções apresentadas no plano de recuperação têm de ser articuladas com outras medidas de gestão de crise, devendo encontrar-se suficientemente diversificadas para que a instituição possa efectivamente optar pela solução mais adequada, em situação de stress financeiro.

Devendo ter por base os critérios explanados, o BdP pode apresentar e aconselhar a instituição sobre alterações que considere necessárias para assegurar o adequado cumprimento dos seus objectivos e execução até 180 dias após a recepção do plano ou a

⁹⁵ Cf. arts. 2.º, n.º 5 e 6 9.º do Aviso n.º 12/2012. Com excepção do ano de 2013 em que a apresentação deve ser ocorrer até final do mês de Janeiro

⁹⁶ DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *cit.*, 20.

⁹⁷ *Idem*, 20.

prestação de informações. As alterações solicitadas devem ser apresentadas no prazo de 60 dias, a contar da recepção desse pedido. No entanto, se foram solicitadas informações complementares, o prazo dos 60 dias suspende-se até à sua prestação⁹⁸.

Mas se a instituição não cumprir os pedidos mencionados ou o seu plano de recuperação continue a apresentar insuficiências e impedimentos à sua execução, resulta expressamente do art. 116.º-D, n.º 8, do RGIC que o BdP pode determinar a aplicação de medidas correctivas, previstas no art. 116.º-C, n.º 2 do RGIC. Encontrando-se a remissão genérica para as “*medidas correctivas previstas no artigo anterior*” (art. 116.º-D, n.º8, do RGIC) e a expressão “*entre outras*” (art.116.º-C, n.º1, do RGIC), revela-se que o elenco de medidas não é taxativo. O BdP pode proceder, *e.g.* à alteração i) da estratégia da instituição, ii) da estratégia de financiamento, de modo a melhorar a capacidade de resistência dos principais segmentos de actividade e das operações críticas, e iii) da estrutura de governação da instituição⁹⁹⁻¹⁰⁰.

O papel assumido pelo BdP justifica-se, em suma, face à eventualidade de existência de incorrecções, deturpações e omissões nos planos elaborados pelas instituições de crédito, que farão denotar essencialmente os interesses da própria instituição e do seu órgão de administração, competente para a sua elaboração, em detrimento dos interesses do bom funcionamento do mercado financeiro, clientes ou *stakeholders*. A cabal apreciação dos planos de recuperação pelo BdP visa essencialmente garantir os seus objectivos de recuperação da viabilidade financeira da instituição e a mitigação do impacto de uma crise financeira.

⁹⁸ Cf. art. 116.º-D, n.º7, do RGIC e o 6.º, n.º1 e 3, do Aviso n.º 12/2012.

⁹⁹ Cf. art. 6.º, n.º4, alíneas b), c) e d), da Proposta de Directiva.

¹⁰⁰ Estas matérias podem consubstanciar uma limitação do direito fundamental da liberdade de empresa e à livre iniciativa económica, conforme os arts. 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE e 61.º, n.º 1 da CRP. No entanto, esta restrição é permitida se tiver por objectivo a protecção do sistema financeiro e se for proporcional e justificada, designadamente, para alcançar a estabilidade financeira da instituição e assegurar os direitos dos seus depositantes e dos credores, conforme o art. 18.º n.º 2 da CRP. *Vd.* considerando n.º 17 da Proposta da Directiva.

5. Plano de Resolução

5.1. Demarcação do conceito e caracterização funcional

Como referido ao longo do presente trabalho, era necessário assegurar que as autoridades dispunham dos mecanismos necessários para uma resolução célere e ordenada.

É com base nesta realidade que os planos de resolução surgem, enquanto medida preventiva enquadrada na gestão de crises para assegurar a continuidade das funções essenciais das instituições¹⁰¹ e de modo a mitigar o risco sistémico, quando não seja possível a sua recuperação¹⁰².

Os planos de resolução devem conter as informações detalhadas sobre a estrutura negocial e operacional das instituições¹⁰³ e as medidas de resolução adequadas¹⁰⁴, a tomar num curto espaço de tempo e que permitam a transferência, alienação ou liquidação¹⁰⁵ dos bens e da actividade da instituição, de forma célere e ordenada¹⁰⁶.

Os planos de resolução consagram-se nos arts. 116.º-D, n.º 1, al. b do RGIC e 1.º e 2.º do Aviso n.º 18/2012, e são elaborados e aplicados pelo BdP¹⁰⁷. Contudo, o papel das instituições é vital, pois prestam as informações necessárias para a sua elaboração e conhecem os obstáculos à resolução.

Não existe um momento determinado para a sua aplicação, porém, tendo por referência o regime de resolução, devem ser aplicados no momento em que a instituição deixe ou esteja em risco de não cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da actividade bancária ou não consiga num prazo apropriado, regressar

¹⁰¹ A sua interrupção pode “gerar implicações significativas na continuidade da actividade, na reputação, na situação financeira e ou nas contrapartes da instituição”. Cf. Secção II, n.º 12 do Anexo Aviso n.º 18/2012. Cabe aqui referir que se trata da continuidade das funções críticas a médio e logo prazo.

¹⁰² A actuação célere das autoridades, num momento inicial da crise, permitirá o controlo dos riscos sistémicos associados. Na insolvência do Lehman Brothers, podiam ter sido salvos pelo menos 75 biliões de dólares, se as medidas accionadas não tivessem sido preparadas sob pressão. Cf. A. CAIRNS, *International Corporate Rescue: Breaking the Insolvency Moulds*, 2009, 115.

¹⁰³ Arts. 116.º-D, n.º 3 do RGIC e no Anexo do Aviso n.º 18/2012.

¹⁰⁴ Cf. MARIANA DUARTE SILVA, *ob cit.*, (902), 398.

¹⁰⁵ Nos termos do DL n.º 199/2006, de 25 de Outubro e do CIRE.

¹⁰⁶ Com a transposição da Proposta de Directiva, através do DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, o título VIII do RGIC conferiu ao BdP, nomeadamente, poderes de intervenção correctiva, administração provisória e resolução. A resolução, permite “a salvaguarda da totalidade ou de parte da actividade desenvolvida, (...) preservando funções bancárias críticas, em paralelo com a manutenção ou extinção da instituição”. Cf. MARIANA DUARTE SILVA, *ob cit.*, 377, 386 e 388.

¹⁰⁷ Cf. *supra* 2.3.1. e 2.3.2. Tal como mencionámos relativamente aos planos de recuperação, é importante que profissionais especializados colaborem na elaboração destes planos.

às condições adequadas de solidez e de cumprimento dos rácios prudenciais¹⁰⁸. Existem, ainda, os *trigger events*¹⁰⁹ para a aplicação de cada medida específica, em igual sentido ao *supra* desenvolvido no ponto 4.2.

Uma vez que já não é possível a salvação da instituição, os planos de resolução têm os seguintes objectivos: i) assegurar a continuidade da prestação de actividades e funções financeiras essenciais com o menor custo possível; ii) mitigar o risco sistémico; iii) a não utilização de apoio financeiro público, para protecção dos contribuintes; iv) minimizar o impacto sobre a estabilidade financeira; v) identificar e eliminar os obstáculos à resolução; vi) a protecção dos depositantes garantidos; e vii) reforçar a cooperação e o planeamento de gestão de crises entre os diferentes Estados e autoridades de supervisão e resolução¹¹⁰.

Sendo elaborado o plano de resolução e prestadas as informações necessárias pelas instituições, o BdP conseguirá determinar adequadamente que instituições e suas actividades constituem um elevado risco de contágio para o sistema financeiro e outras instituições. Assim, fornecem uma estratégia e um pormenorizado guia para a resolução de uma instituição ou grupo, propiciando a mitigação do risco sistémico sobre a estabilidade financeira, evitando recorrer-se ao apoio financeiro público.

Conforme mencionámos para os planos de recuperação, também estes planos devem ser suficientemente robustos e credíveis a turbulência que os cenários de crise grave e insolvência representam¹¹¹.

Em termos práticos, a maior dificuldade ocorre na resolução de instituições e grupos bancários transfronteiriços¹¹². É com base nessa realidade que A.J. LEVITIN, E. AVGOULEAS, C. GOODHART e D. SCHOENMAKER consideram que os planos de resolução ao nível de grupo não são eficientes, porque não há nenhum mecanismo que permita

¹⁰⁸ Cf. art. 145.º-C, n.º 1, 2 e 3 do RGIC.

¹⁰⁹ À criação destes instrumentos não foi alheia a discricionariedade dos supervisores, quanto às medidas a aplicar e os respectivos *trigger events*, face às circunstâncias concretas da situação de *default* da instituição. A sua actuação deve ser consistente para diminuir o impacto no mercado financeiro e deve reger-se pelos princípios da igualdade e da certeza jurídica. Cf. MARIANA DUARTE SILVA, *ob cit.*, 389

¹¹⁰ Cf. art. 145.º-A do RGIC. Para uma análise detalhada: FSA, *cit.*, Aug. 2011 9 a 11.

¹¹¹ FSB, *cit.* Jul. 2011, 16.

¹¹² LUC COENE, *The Belgian banking sector in 2020*, Speech at the colloquium “The Belgian Banking Sector in 2020” in celebration of the 75th anniversary of the Belgian Financial Forum publications “Revue bancaire et financière/Bank- en Financiewezen” and “Droit bancaire et financier/Bank- en Financieel Recht”, Brussels, 22 Nov., 2. Sobre o tema: FSA, *cit.*, Aug. 2011, 45-47; C. M. CUMMING, *Early intervention and resolution*, Speech at the Transatlantic Corporate Governance Dialogue, Brussels, 25 Oct. 2010,

efectivamente compatibilizar o regime de insolvência da empresa-mãe com o das subsidiárias, que só será possível com um mecanismo efectivo e supra-nacional¹¹³.

Concordamos com os mencionados autores, mas não ignoramos o papel activo assumido pelo BdP e pelas autoridades de supervisão e resolução, reconduzindo-se à clara mudança do paradigma do Direito Bancário, no âmbito da gestão de crises e resolução bancária¹¹⁴.

5.2.O conteúdo dos planos de resolução e o planeamento da resolução

Conforme mencionámos, os planos de resolução contêm informações detalhadas sobre a estrutura negocial e operacional das instituições e prevêm as medidas adequadas para a sua resolução célere e ordenada.

Frise-se que o art. 116.º-D, .º 1, b) e n.º 3 do RGIC apenas indica o conteúdo mínimo a contar dos planos de recuperação¹¹⁵. Ademais, o Aviso n.º 18/2013 relativamente ao conteúdo do plano, apenas indica os elementos informativos a prestar pelas instituições. Face ao exposto e para dissipar dúvidas, julgamos conveniente que ambos os preceitos sejam alterados no sentido de preverem com maior clareza e certeza o restante conteúdo do plano.

Dos elementos informativos prestados e do planeamento da resolução, destacamos como pontos essenciais do plano, os seguintes: i) o inventário do activo e passivo; ii) a identificação dos contratos e contrapartes relevantes; iii) a avaliação da capacidade da instituição ou outra entidade em relação de grupo, para continuar prestar os serviços essenciais; iv) a identificação dos impedimentos ou obstáculos à resolução e soluções para a sua eliminação; v) a simplificação da estrutura legal, negocial e societária da instituição¹¹⁶; vi) a avaliação da possibilidade de resolução da instituição, efeitos e obstáculos¹¹⁷; vii) a identificação das interdependências existentes; viii) a identificação e das funções críticas de carácter financeiro e económico que devem ser mantidas; ix) os elementos informativos prestados pelas instituições sobre os negócios da instituição, as operações, estruturas (de negócio, operacional e societária); x) as medidas de resolução

¹¹³ Cf. A. J. LEVITIN, *ob cit.*, 468; E. AVGOULEAS/C. GOODHART/D. SCHOENMAKER, *ob cit.*, 11.

¹¹⁴ Para uma abordagem mais desenvolvida: VÍTOR CONSTÂNCIO, *A European solution for crisis management and bank resolution*, Speech at Sveriges Riksbank and ECB Conference on Bank Resolution, Stockholm, Nov. 2011.

¹¹⁵ Cf. PAULO CÂMARA, *ob cit.*, 43.

¹¹⁶ Cf. art. 116.º-E, n.º 1 do RGIC.

¹¹⁷ Cf. FSB, *cit.* 16, . O FSB utiliza a expressão “*resolvability assessments*”.

adequadas para a manutenção das funções críticas (incluindo os processos imediatos para tais função não se interromperem); xi) medidas de protecção dos depositantes garantidos; e xii) medidas para serem aplicadas às instituições e credores posteriormente à resolução.

No que concerne ao conteúdo do plano, avulta desde logo a necessidade de fazer algumas considerações sobre a avaliação da possibilidade de resolução, seus efeitos e obstáculos, a partir do qual o BdP irá estabelecer as medidas adequadas de resolução¹¹⁸. A avaliação dependerá dos elementos prestados pelas instituições e consiste em determinar se a aplicação de medidas de resolução e do processo de liquidação e de insolvência, não causa efeitos adversos para o sistema financeiro, para assegurar a continuidade das críticas da instituição ou do grupo, não pressupondo o apoio financeiro público extraordinário para além do determinado para as medidas de resolução¹¹⁹.

A avaliação deve incluir a análise às funções essenciais e aos efeitos da eventual separação da restante actividade da instituição, nomeadamente se causa instabilidade ou perigo para a estabilidade financeira nacional e protecção dos contribuintes.

Se da análise aos elementos informativos prestados, bem como da avaliação à possibilidade de resolução forem detectados constrangimentos de natureza legal ou operacional, do modelo de negócio à aplicação de medidas de intervenção correctiva ou de resolução, o BdP pode exigir a sua remoção, nos termos do art. 116.º-E, n.º 1 do RGIC. Para isso, pode determinar a aplicação das providências constantes do n.º 2 desse preceito ou outras que considere adequadas.

Assim, a sua actuação pode incluir medidas para reduzir o grau de risco da instituição, *e.g.*, a simplificação das relações intra-grupo, alterações aos contratos relevantes e alterações na estrutura societária e operacional.

Ora, será a partir de todos os elementos que o BdP irá preparar uma estratégia para a resolução da instituição¹²⁰.

Todavia, não se trata apenas da estratégia individual da instituição, mas uma estratégia global subjacente, se a instituição pertencer a um grupo transfronteiriço ou relativamente às respectivas filiais, pelo que a coordenação transfronteiriça é essencial.

¹¹⁸ Cf. ponto 4.4.3. da Exposição de Motivos e arts. 9.º n.º 1 e 2 e 13.º da Proposta de Directiva. N. G. PACKIN, *ob cit.*, 24 e 25; FSA, *cit.*, Aug. 2011, 31.

¹¹⁹ Cf. art. 145.º-F, n.º 6 do RGIC.

¹²⁰ *Idem*, 16.

Em especial e para além do conteúdo geral exigível nos planos de resolução, o BdP deve previamente analisar e tentar articular as suas medidas com os regimes de resolução, liquidação e insolvência dos países com que estas instituições se relacionam e os poderes das autoridades de resolução. A título de ilustração, refira-se que devem não só identificar se as fontes de financiamento em resolução, e todos os elementos que possam estar relacionado com uma resolução transfronteiriça (e.g. mecanismos que protegem os depositantes e sistemas de pagamento).

Para entender melhor o seu conteúdo dos planos de resolução, importa desenvolver em que termos se desenha a prestação dos elementos informativos e as medidas de resolução a adoptar¹²¹.

5.3.Elementos informativos a prestar

É através dos elementos informativos prestados pelas instituições, que constam do art. 116.º-D, n.º 3 do RGIC e Anexo do Aviso n.º 18/2012, que o BdP prepara os respectivos planos de resolução.

A responsabilidade pela transmissão dos elementos informativos caberá ao membro do órgão de administração responsável por tal pelouro. Para o FSB esta responsabilidade deve ser cometida aos administradores seniores (“*the firm’s senior management*”)¹²², o que julgamos se justificar pela elevada importância que representa.

Excluindo a análise à totalidade das informações necessárias, não podemos deixar de examinar alguns elementos, face à essencialidade e finalidade que subjazem para a reorganização da instituição e para a sua resolução célere e ordenada.

É o caso, por exemplo, da descrição detalhada da organização jurídico-societária da instituição e do grupo da qual faz parte, (art. 116.º-D, n.º 3, al. b) e Secção I, n.º 1, 2 e 3 do Anexo).

No que respeita ao quadro geral sobre a estrutura de negócio, operacional e informação financeira, as instituições devem fornecer um quadro geral das actividades, processos e operações desenvolvidos pela instituição, e.g. banca e crédito de retalho, serviços de pagamento, investimentos a longo prazo, as quais se designam de funções, e em especial, as que tenham carácter crítico e os activos que lhes estejam afectos, da

¹²¹ FSB, cit., 40.

¹²² FSB, cit., 16.

estrutura e montantes do passivo e activo (Secção II, n.º 1 e 12 e Secção III, B., n.º 27 e 29 do Anexo).

Através dos elementos acima destacados, o BdP avaliará quais deles serão essenciais para a estabilidade financeira de Portugal e a partir daí deverá efectuar o planeamento da resolução, relativamente ao que é necessário manter-se para efeitos sistémicos e ao que se poderá alienar, transferir para um banco de transição ou afectar ao processo de liquidação.

Contudo, o BdP não se deverá cingir ao que foi transmitido pelas instituições, devendo analisar e verificar cada uma das funções críticas e para cada uma, encontrar as medidas mais adequadas para a sua continuidade.

Importa mencionar a prestação de elementos informativos sobre os instrumentos financeiros derivados a que a instituição se encontra exposta¹²³ (Secção III, B., n.º 31). Não obstante a revisão “ordinária” dos elementos informativos se efectuar com a periodicidade inferior a um ano, a natureza complexa e a sua dependência de elementos variáveis e eventos futuros, pressupõe que as instituições transmitam e revejam regularmente as informações que dispõe a este respeito. No entanto, temos algumas dúvidas quanto à efectividade do mecanismo de revisão dos elementos informativos, conforme se expõe no ponto 7.

De notar também, a identificação das interligações ou interdependências financeiras entre as diferentes entidades do grupo quanto aos mecanismos, e.g. de financiamento, capital, liquidez e risco de crédito (Secção IV, n.º 40 do Anexo). Estes elementos devem não só constar do plano de resolução individual de cada instituição, como do plano ao nível do grupo. Esta informação proporcionará ao BdP a avaliação do risco sistémico de cada instituição e do grupo.

A participação das instituições passa ainda por analisar quantitativamente os obstáculos potenciais à aplicação de medidas de resolução, designadamente quanto à separação das funções de negócio críticas no âmbito da instituição ou do grupo, num curto espaço de tempo, assegurando a continuidade dos serviços e possíveis soluções para a sua remoção (Secção VIII, n.º 61 e 62).

¹²³ Com efeito, o valor do preço de derivado vai depender do comportamento do preço do activo subjacente, e de outras variáveis, e.g. a taxa de juro e a taxas de câmbio. São exemplos destes instrumentos, os seguintes contratos: os swaps, as opções, os futuros e os *Mortgage-backed derivatives*. Cf. J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Derivados*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 30, Agosto 2008.

O procedimento tendente à transmissão das referidas informações implica as instituições enviem os elementos informativos, através do sistema BPNET¹²⁴, devendo incluir a existência de um *data room* virtual, concretamente preparado para o plano em apreço que garanta um acesso rápido e seguro ao seu conteúdo.

Os elementos informativos devem ser enviados ao BdP, anualmente, até dia 31 de Maio. No entanto, se nos 90 dias anteriores, existir uma revisão dos elementos informativos a mesma considera-se cumprida¹²⁵.

Efectuada a prestação dos elementos informativos, o BdP poderá, nos 45 dias que se seguirem à recepção dos mesmos, requerer às instituições que supram qualquer insuficiência da informação, dispondo as instituições de 15 dias para apresentar os elementos em falta¹²⁶.

De todo o modo, o BdP pode solicitar à instituição, em qualquer momento, a prestação de informações complementares que considerar relevantes, nomeadamente quanto a um maior detalhe sobre os elementos informativos transmitidos ou informações que não sejam exigidas nos termos do Anexo, mas sejam importantes para a elaboração do plano de resolução¹²⁷.

5.4.As medidas de resolução, em especial

Os planos de resolução devem reunir diferentes medidas de resolução adequadas a aplicar em diversos cenários de crise financeira grave e insolvência das instituições¹²⁸, num curto espaço de tempo.

Porém, a necessidade de blindagem dos riscos sistémicos que tais eventos possam criar, leva-nos a crer, no mesmo sentido que refere E. AVGOULEAS, C. GOODHART, D. SCHOENMAKER, N. G. PACKIN e MARIANA DUARTE SILVA¹²⁹, tais planos devem conter outras medidas, para além das medidas específicas de resolução, legalmente previstas

¹²⁴ Cf. art. 9.º do Aviso n.º 18/2012 e o Anexo à Instrução n.º 8/2008 do BdP.

¹²⁵ Cf. art. 116.º-D, n.º 6 do RGIC, 2.º, n.º 3 e 4 e 10.º, n.º 1 do Aviso n.º 18/2013. Em 2013, o prazo foi ampliado para 31 de Julho.

¹²⁶ Cf. art. 2.º, n.º 5 do Aviso n.º 18/2013.

¹²⁷ Cf. art. 5.º, n.º 1 do Aviso n.º 18/2013.

¹²⁸ Para T. F. HUERTAS, as medidas adequadas são aferidas com base no seu custo-benefício para a sociedade em geral, desconsiderando os depositantes e outros credores. No mesmo sentido, *vd.* o art. 145.º-B, n.º 1 do RGIC. Sobre esta questão, concordamos com a superioridade do interesse da sociedade em geral e da estabilidade financeira, porém o interesse dos depositantes também deve ser atendido. Cf. T. F. HUERTAS, *ob cit.*, 14.

¹²⁹ E. AVGOULEAS/C. GOODHART/D. SCHOENMAKER, *ob cit.*, 6; N. G. PACKIN, *ob cit.*, 26; MARIANA DUARTE SILVA, *ob cit.*, (902), 398.

nos mencionados preceito, com vista, nomeadamente à reorganização e liquidação da actividade da instituição.

Conforme mencionámos, o art. 116.º-D, n.º 1, al. b) e n.º 3 do RGIC e o art. 1.º e 2.º do Aviso n.º 18/2012, nada referem a propósito. No entanto, no art. 145.º-C, n.º 5 do RGIC veio prever que o BdP adopte medidas de intervenção correctiva e de resolução. Assim, estando perante uma lógica idêntica, o BdP ao elaborar estes planos também pode considerar medidas de intervenção correctiva, nomeadamente constantes dos arts. 141.º e ss. do RGIC.

Com efeito, tais medidas podem ser previstas para uma fase inicial da aplicação do plano de resolução e aplicadas às situações em que a impossibilidade de recuperação não seja total ou definitiva. No entanto, deverá ficar patente que a principal função dos planos de resolução é a resolução célere e ordenada das instituições, na prossecução finalidades específicas de interesse público, tendo estas medidas carácter instrumental.

Seguindo a mesma lógica, aplicar-se-á genericamente aos planos de resolução, o princípio orientador da resolução, segundo o qual o conteúdo dos planos de resolução tem por base a manutenção da estabilidade financeira e a continuidade das funções e linhas de negócio críticas da instituição, fazendo recair as perdas sobre os accionistas e os credores da instituição (excluindo os depósitos garantidos)¹³⁰.

Dessa forma, e a título de ilustração enunciaremos as medidas mais relevantes¹³¹.

Refira-se a alienação¹³² ou a transferência¹³³, parcial ou total, de activos, passivos e elementos extrapatrimoniais, e.g., funções e linhas de negócio, depósitos e acções próprias, que uma vez transmitidos os elementos informativos sobre esses bens, o BdP poderá prever no plano de resolução.

Ora, com a transmissão desses elementos o BdP verificará desde logo, quais são as funções de negócio que devem ser mantidas pelo seu carácter crítico ou que bens podem ameaçar a estabilidade geral, a solidez e a segurança da situação financeira da instituição. Assim, seleccionar antecipadamente que bens devem ser alienados,

¹³⁰ *Vd.* art. 145.º-B, n.º 2, que exclui os depósitos garantidos, que gozam de privilégios creditórios gerais e especiais, nos termos dos arts. 164.º, 166.º e 166.º-A do RGIC. No mesmo sentido: FSA, *cit.*, Aug. 2011, 31; MARIANA DUARTE SILVA, *ob cit.*, 390.

¹³¹ FSA, *cit.*, Aug. 2011, 9 a 11.

¹³² Para instituições autorizadas a desenvolver essa actividade. Cf. Art. 145.º-F, n.º 1 do RGIC

¹³³ Para um ou mais bancos de transição. Cf. art. 145.º-G e ss. do RGIC e Aviso n.º 13/2012.

transferidos¹³⁴ ou liquidados, em situação de *default*, que a ser realizado contemporaneamente a essa situação, pode trazer graves prejuízos e efeitos ainda mais devastadores para as instituições.

Adicionalmente, o BdP pode quantificar o valor aproximado desses bens, o que será relevante para efeitos da sua decisão quanto à contrapartida oferecida e à influência que a mesma terá para o restabelecimento das suas condições prudências, pagamento dos credores e para o aumento dos activos da instituição.

O BdP pode, ainda, prever a constituição de um banco de transição (*bridge bank*)¹³⁵, com carácter temporário – 2 anos no máximo, prorrogáveis por períodos de um ano, por razões de interesse público –, pode determinar a transferência dos mencionados activos, passivos e elementos extrapatrimoniais, para posteriormente serem alienados quando estiverem estabilizados financeiramente. No entanto, a mesma estará sujeita a deliberação do BdP e apenas ocorrerá caso se verifiquem os *trigger events* especificamente determinados.

Trata-se de uma recente manifestação do reforço dos poderes de supervisão do BdP no domínio da gestão de crises e contenção do risco sistémico, prevendo o maior número de soluções possíveis para a continuidade da prestação de serviços financeiros inerentes à actividade e administração dos elementos transferidos, para a sua valorização e alienação, quando estiverem estabilizados e o nível de confiança neles depositada seja positivo, preenchendo a lacuna entre a situação eminente ou efectiva de *default* da instituição e a sua insolvência¹³⁶⁻¹³⁷.

Apesar da aplicação eventual das mencionadas medidas, o BdP pode prever no plano: i) a dispensa temporária da observância de normas prudenciais e do cumprimento de obrigações; e ii) o encerramento temporário de balcões e outras instalações onde se efectuem operações com o público¹³⁸. De modo a evitar a sua aplicação supérflua, o BdP deve garantir que os *trigger events* aqui previstos revelem a necessidade destas medidas, de acordo com as finalidades do art. 145.º-A do RGIC.

Refira-se que a aplicação de qualquer uma destas medidas “*determina a suspensão, por um período de 48 horas (...) do direito de vencimento antecipado*” de

¹³⁴ Cf. art. 145.º-H, n.º 1

¹³⁵ Cf. arts. 145.º-C, n.º 1, al. b) e 145.º-G, n.º 1, 3, 4 5 e 6 do RGIC e 2.º, 3.º, 5.º e 6.º Aviso n.º 13/2012.

¹³⁶ Cf. art. 15.º, n.º 1 e 2 do Aviso n.º 13/2012.

¹³⁷ N. G. PACKIN, *ob cit.*, 26.

¹³⁸ Cf. art. 145.º-J do RGIC.

determinados contratos “quando o exercício desse direito tenha como fundamento a aplicação da medida de resolução em causa”¹³⁹. Tal configura elevada importância, para fazer face ao massivo número de credores e contrapartes que imediatamente à notícia da aplicação de uma medida de resolução iriam fazer uso desse direito.

Nestes planos podem ainda ser previstas medidas de resgate interno (*bail-in*)¹⁴⁰, que ainda se encontram a ser discutidas e projectadas pela EBA, como ferramenta de resolução. Estas medidas consistem em mecanismos de assumpção das perdas das instituições pelos credores (incluindo os accionistas e os depositantes não garantidos¹⁴¹) através dos seus créditos (*e.g.* depósitos não garantidos), que se vão converter em accionistas ou verão o respectivo valor dos créditos reduzido, de forma a proteger ou aumentar o capital das instituições. Releva ainda para os accionistas, a hipótese da recapitalização da instituição, com a extinção ou diminuição das participações dos accionistas¹⁴². De notar, novamente, o princípio segundo o qual serão os accionistas e os credores da instituição, a assumir os seus prejuízos¹⁴³.

Estas medidas terão um carácter excepcional, pelo que só serão aplicadas em situação iminente de insolvência. Sendo esse o motivo pela qual são enquadradas nas ferramentas de resolução, por contraposição às de recuperação. A ideia é aplicar tais medidas após a implementação do plano de recuperação, mas num momento anterior à resolução da instituição¹⁴⁴.

A iniciativa de aplicação destas medidas deve ser acompanhada de fundamentação desenvolvida, que demonstre que se trata de uma medida justificada face, nomeadamente, à hipótese da sua salvação e aos efeitos adverso que a resolução da instituição causaria à estabilidade financeira. Adicionalmente, deve exigir-se um plano

¹³⁹ Cf. art. 145.º-L

¹⁴⁰ “(...) requiring credit institutions to issue and hold a minimum percentage of their liabilities as “bail-inable” debt instruments, besides ensuring a minimum loss-absorbing capacity, has also the advantage to create large market volumes, which in turn will provide market participants with an incentive to standardise contracts, and rating agencies to focus properly on rating such debt instruments”. Cf. EBA, *Opinion of the European Banking Authority on the recommendations of the High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector*, Dec. 2012, 3. Consulte-se: COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *Parecer sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento*, Dez. 2012, 4-5; HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON REFORMING THE STRUCTURE OF THE EU BANKING SECTOR, *Final Report*, 2 Oct. 2012, 8; C. M. CUMMING, *cit.*, 6-8.

¹⁴¹ Cf. art. 164.º e ss. do RGIC.

¹⁴² Cf. *supra* 4.2.

¹⁴³ Cf. art. 145.º-B, n.º 1 do RGIC.

¹⁴⁴ Cf. C. M. CUMMING, *cit.*, 6.

de reestruturação e de negócios da instituição, em que se demonstre a sua capacidade para exercer a actividade¹⁴⁵.

Contrariamente ao art. 2.º, n.º 2 do Aviso n.º 12/2012, não existem disposições que dispensem o acesso ou disponibilização de apoio financeiro público extraordinário. Assim, ao abrigo do art. 145.º-B, n.º 1 do RGIC, parece poder prever-se, excepcionalmente, o acesso ou a disponibilização de apoio financeiro público extraordinário às instituições sistemicamente relevantes, que põe em causa o sistema financeiro e a sua estabilidade.

Relacionada com esta medida, não podemos deixar de mencionar a sugestão apresentada por E. AVGOULEAS, C. GOODHART e D. SCHOENMAKER, sobre a solução para partilhar o “*fardo*” dos encargos (*share the burden*) que resultem do resgate a uma instituição transfronteiriça, entre todos os países ou os países envolvidos na sua actividade. Da ideia desenvolvida, sugerem que se inclua no plano de resolução uma proposta de repartição de encargos¹⁴⁶.

Por razões óbvias, discordamos da ideia da partilha do “*fardo*” por todos os países, não sendo justificável que países que supervisionam e controlam adequadamente as suas instituições, nomeadamente ao nível das regras prudenciais, venham a ser responsabilizados pelos erros de outros países. Quanto à partilha do “*fardo*” pelos países envolvidos na actividade da instituição, julgamos que a ideia poderia gerar algum pânico nos mercados financeiros, com a retracção do volume de negócios, face à intenção de desresponsabilização pela parte dos bancos centrais e dos Estados. Porém, uma responsabilidade deste tipo estimularia a eficácia da supervisão, para inibir ao máximo os encargos a cobrir, que obrigariam os seus supervisores avaliar periodicamente a solvabilidade global das instituições.

Todavia, a CE e a EBA¹⁴⁷ prevêm a partilha de encargos como um dos mecanismos que permitem financiar a resolução, *e.g.*, custos orçamentais. Uma das hipóteses adiantadas pela CE é a realização de um “*acordo prévio que defina os princípios de uma partilha justa dos encargos constitui uma «rede de segurança» necessária para garantir que as autoridades envolvidas disponham dos incentivos*

¹⁴⁵ *Idem*, 8.

¹⁴⁶ CHARLES GOODHART/DIRK SCHOENMAKER, *ob cit.*, 2009, 141-165; E. AVGOULEAS/C. GOODHART/DIRK SCHOENMAKER, *ob cit.*, 2010,5-8.

¹⁴⁷ EBA, *2nd EBA Policy research workshop “how to regulate and resolve systemically important banks”*, Mar. 2013.

necessários para cooperarem entre si num quadro de prevenção e resolução de crises”¹⁴⁸.

De notar que o BdP também consagra medidas relacionadas com a liquidação da instituição, *e.g.*, a selecção e activos, passivos e elementos extrapatrimoniais que pretende “salvar” da liquidação da instituição.

¹⁴⁸ CE, *ob cit.*, 2009.

6.Revisão dos planos:

Atendendo à necessidade da adaptabilidade temporal dos planos de recuperação e resolução e dos elementos informativos prestados pelas instituições, revela-se fundamental a sua revisão em determinadas situações, nomeadamente: i) “*com uma periodicidade não inferior a um ano*”, a definir pelo BdP; ii) quando ocorra “*um evento relacionado com a organização jurídico societária, com a estrutura operacional, com o modelo de negócio ou com a situação financeira da instituição que possa ter um impacto relevante na execução dos planos*”; iii) “*quando se verifique qualquer alteração nos pressupostos utilizados para a sua elaboração que possa ter um impacto relevante na eventual execução dos planos*”; e iv) quando o BdP o solicite, com fundamento nas duas últimas¹⁴⁹, tendo as instituições 60 dias, a partir da recepção desse pedido, para proceder à revisão. Quanto aos elementos informativos, aplicar-se-á o mesmo prazo para a sua apresentação, sem que seja necessário o BdP solicitar¹⁵⁰.

Quanto à revisão dos planos de recuperação, não se estabelece prazo, mas as instituições devem dar a conhecer esses eventos materiais e reverem os planos, num período razoável de tempo. É certo que compete ao BdP autorizar, supervisionar ou promover grande parte das acções das instituições, e.g. alterações estatutárias, a fusão ou cisão, estabelecimento de sucursal num Estado-Membro ou outros países estrangeiros e a detenção de participação qualificada numa instituição¹⁵¹ e, nessa medida, ter conhecimento delas. Contudo, há situações, em que não tem intervenção tutelar e aí o BdP não tem como saber desses eventos, pelo que não pode solicitar a revisão. E nem se diga que é suficiente, as instituições estarem obrigadas à revisão, nos termos do 116.º-D, n.º 6, al. a), b) e c) do RGIC, porque o procedimento em questão não é acompanhado de um mecanismo eficiente de controlo. Uma vez que o plano não está revisto, será difícil a sua aplicação, caso seja necessária.

Ademais, o BdP ainda não previu a periodicidade e os *timings* para a revisão “ordinária”, conforme os arts. 116.º, n.º 6, al. a), 4.º do Aviso n.º 12/2012 e 4.º do Aviso n.º 18/2012.

¹⁴⁹ Cf. art. 116.º-D, n.º 6, al. a), b), c) e d) do RGIC, respectivamente.

¹⁵⁰ Cf. art. 4.º do Aviso n.º 12/2012 e do art. 4.º, n.º 1 do Aviso n.º 18/2012.

¹⁵¹ Cf. art. 34.º, n.º 1, 35.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, 42.º, n.º 1 e 102.º e 102.º e 103.º do RGIC.

Consideramos, pois, que estas disposições carecem da efectividade e eficácia necessária para assegurar que os planos de recuperação e de resolução e os elementos informativos se encontram actualizados, para serem accionados em qualquer momento.

7.Síntese conclusiva

Deste modo, finalizamos a missão que nos propusemos a realizar com o presente trabalho, sobre os planos de recuperação e de resolução a aplicar às instituições em cenários de crise financeira ou insolvência, no qual se contextualizou a sua origem e se desenvolveu o seu regime jurídico, ao nível nacional e europeu. Conforme foi demonstrado, o referido regime é muito recente, pelo que ainda existem algumas dúvidas quanto à sua aplicação prática.

Terminado o estudo objecto do presente trabalho, pode retirar-se o seguinte conjunto de soluções:

1. Os planos de recuperação e de resolução são a resposta adequada para as instituições e as autoridades competentes actuarem num cenário de dificuldades financeiras ou de fracasso das instituições ou grupo bancário, através de medidas previamente definidas.
2. O objectivo fundamental destes planos é a redução o risco de insolvência e de contágio a outras instituições, bem como a manutenção de funções essenciais para a estabilidade financeira.
3. Concluí-se que a sua elaboração é um processo complexo, pois pretende a simplificação das estruturas de negócio, operacional e societária, que contribui para uma maior transparência e coerência, a redução do risco e para a manutenção das funções críticas, permitindo uma supervisão mais eficaz, principalmente, no que respeita a grupos bancários com grandes dimensões.
4. Adicionalmente, os planos de recuperação e resolução têm em vista
5. Os planos visam duas abordagens: i) a recuperação através de medidas, previamente estabelecidas, que combatam a situação de crise e impulsionem a restauração do capital, liquidez e diminuição do risco; e ii) a resolução que visa a preparação do fracasso da instituição e têm como objectivo o planeamento *ex ante* de medidas para a resolução célere e ordenada.
6. Na prática ainda não é possível concretizar em que termos as características dos planos se poderão manifestar, sendo que o legislador apenas define alguns parâmetros a prever nos planos. Ficámos, por exemplo, sem compreender em que termos o plano vai ser implementado visto não ter carácter vinculativo.

7. Um problema a resolver será a manutenção dos planos em confidencialidade, visto o número de pessoas em contacto com os mesmos.
8. Devem ser elaborados planos de recuperação e de resolução relativamente a todas as instituições de crédito autorizadas a receber depósitos, sem a exclusão de instituições devido à sua importância sistémica ou dimensão, porque o sistema bancário deve ser protegido na sua totalidade.
9. Concluí-se contrariamente a alguns regimes internacionais, que esta é a solução mais adequada à protecção do sistema financeiro.
10. Temos algumas dúvidas relativamente às soluções previstas pelo legislador relativamente à elaboração e aplicação dos planos. Se por um lado os planos de recuperação são elaborados e aplicados pelas instituições, o regime não é claro quanto aos planos de resolução.
11. Da nossa análise, consideramos que os planos de resolução devem ser elaborados pelo BdP, nos termos do art. 1.º, n.º 1 do Aviso n.º18/2012, pois está conforme com os arts. 3.º, n.º 3 e 9.º, n.º 1 da Proposta de Directiva. Por contraposição ao art. 116.º-D, n.º 1, al. b) do RGIC que atribuí essa competência às instituições, estando assim desconforme com a Proposta de Directiva.
12. O BdP tem igualmente competência para aplicar os planos de resolução. Porém, tal competência revela-se perigosa, porque as funções de supervisão e de resolução são incompatíveis.
13. Consideramos que os planos de recuperação são instrumentos de gestão, e ainda que, a sua aplicação pressuponha um cenário de crise, a manutenção destes planos incrementa a confiança numa boa governação e na continuidade das suas actividades, dando um conhecimento mais amplo da complexidade das estruturas e sistema legal de financiamento.
14. A elaboração de tais planos facilita a preparação para uma actuação eficaz, se posteriormente ocorrer a insolvência da instituição, e para o seu órgão de administração que adquirirá um seu conhecimento mais profundo.
15. Nos planos de resolução afigura-se essencial a participação das instituições através da prestação de elementos informativos. No entanto, será a avaliação à possibilidade de resolução e as medidas de resolução respeitantes à continuidade

das funções críticas da instituição, que configuram o foque principal destes planos.

16. Os preceitos normativos e regulatórios nacionais apenas prevêem o conteúdo mínimo dos planos de resolução. Face a dúvidas que possam surgir, julgamos essencial que os mesmos sejam alterados de maneira a que resulte claramente o seu conteúdo.
17. Julgamos que os planos de resolução não deverão apenas conter medidas de resolução, podendo aplicar-se outras medidas, nomeadamente, de intervenção correctiva e resgates internos.
18. Face aos futuros desenvolvimentos sobre as medidas de resgate interno e a previsão de partilha de encargos na resolução transfronteiriça, julgamos que estes planos ainda terão uma relevância maior.
19. Face ao exposto concluímos que o regime vigente dos planos ainda pode ser aperfeiçoado de forma a potenciar a sua aplicação efectiva em todas as situações.
20. Quanto às diferenças nos regimes apontados, só com a avaliação dos regimes adoptados pelos diferentes países será possível aferir se o regime adoptado elegeu os meios mais prolíficos para os objectivos propostos.
21. Concluí-se que a solução proposta pelos planos de recuperação e resolução é potencialmente promissora. No entanto, apenas com a aplicação prática dos planos, é que poderemos confirmar se conduzem à recuperação financeira da instituição ou à sua resolução célere e ordenada.
22. A resolução de instituições e grupos transfronteiriça é uma matéria que merece igualmente uma elevada atenção. Da nossa resumida análise, podemos ver como são um instrumento fundamental para harmonização regulatória e coordenação internacional.
23. Deixaremos a sua análise aprofundada para um futuro trabalho.

8.BIBLIOGRAFIA

ADMATI, ANAT R./ DEMARZO, PETER M./ HELLWIG, MARTIN/ PFLEIDERER, PAUL

-Fallacies, Irrelevant Facts, and Myths in the Discussion of Capital Regulation: Why Bank Equity Is Not Expensive, Stanford GSB Research Paper, n.º 2065, 2010, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669704.

ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA

-Os Derivados, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 30, Ago. 2008, disponível em <http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/C30Artigo4.pdf>.

AVGOULEAS, EMILIOS/ GOODHART, CHARLES/ SCHOENMAKER, DIRK

-Living Wills as a Catalyst for Action, DSF Policy Paper Series, n.º 4, 2010, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1533808.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION,

-Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, Mar. 2010, disponível em <http://www.bis.org/publ/bcbs162.pdf>.

-Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems - revised version, 2011, disponível em <http://www.bis.org/publ/bcbs189.htm>.

BAILEY, ANDREW,

-Recovery and Resolution Plans, Speech at Santander International Banking Conference, Madrid, Nov. 2009, disponível em http://www.bis.org/list/cbspeeches/spp_12/country_gb/from_01012009/index.htm.

CAIRNS, ANN

-International Corporate Rescue: Breaking the Insolvency Moulds, 2009, disponível em <http://www.chaseambria.com/site/journal/article.php?id=384>.

CÂMARA, PAULO

-*A Renovação do Direito Bancário No Início Do Novo Milénio, O Novo Direito Bancário*, Almedina, 2012, 11-70.

COENE, LUC

-*The Belgian banking sector in 2020*, November 2011, Speech at the colloquium “The Belgian Banking Sector in 2020” in celebration of the 75th anniversary of the Belgian Financial Forum publications “Revue bancaire et financière/Bank- en Financiewezen” and “Droit bancaire et financier/Bank- en Financieel Recht”, Brussels, 22 Nov. 2011. disponível em <http://www.bis.org/review/r111129b.pdf>.

CONSTÂNCIO, VÍTOR

-*A European solution for crisis management and bank resolution*, Speech at Sveriges Riksbank and ECB Conference on Bank Resolution, Stockholm, Nov. 2011, disponível em <http://www.bis.org/review/r111117c.pdf>.

COMISSÃO EUROPEIA

- *Um enquadramento da UE para a gestão de crises transfronteiras no sector bancário*, Nov.. 2009, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=en&ihmlang=en&lng1=en,pt&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=502713:cs>.

-*Novas medidas de gestão de crises para evitar que venham a ser necessários novos resgates à banca*, Jun. 2009, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-570_pt.htm.

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU,

-*Parecer sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento*, Dez. 2012, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:044:0068:0075:PT:PDF>.

COFFEE JR., JOHN C.

-Bail-Ins Versus Bail-Outs: Using Contingent Capital To Mitigate Systemic Risk, Columbia Law and Economics Working Paper No. 380, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1675015.

CORDEIRO, A. MENEZES

-Manual de Direito Bancário, Almedina, 4.^a Edição, 2010.

CUMMING, CHRISTINE M.

-Early intervention and resolution, Speech at at the Transatlantic Corporate Governance Dialogue, Brussels, 25 October 2010, disponível em <http://www.bis.org/review/r101028e.pdf>.

DG INTERNAL MARKET AND SERVICES,

-Working Document: Technical details of A Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/crisis_management/consultation_paper_en.pdf.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY

-Recommendation on the creation and supervisory oversight of temporary capital buffers to restore market confidence, 2011, disponível em <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/16460/EBA+BS+2011+173+Recommendation+FINAL.pdf/b533b82c-2621-42ff-b90e-96c081e1b598>.

- Opinion of the European Banking Authority on the recommendations of the High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector, Dez. 2011.

- 2nd EBA Policy research workshop “how to regulate and resolve systemically important banks”, Mar. 2013., disponível em <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/16019/Call-for-papers-for-the-2nd-EBA-policy-research-workshop.pdf>.

EUROPEAN COMMISSION

- *An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking*, 2009, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/091020_communication_en.pdf.

- *An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector*, 2010, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/framework/com2010_579_en.pdf;

- *State Aid Scoreboard, Autumn Update 2011*, disponível em http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.html.

FEIBELMAN, ADAM

- *Living Wills and Pre-Commitment*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1966573.

FINANCIAL SERVICES AUTHORITY,

- *The Turner Review, A regulatory response to the global banking crisis*, Mar. 2009, disponível em http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/turner_review.pdf.

- *Recovery and Resolution Plans*, Consultation Paper, CP11/16, Ago. 2011, disponível em http://www.fsa.gov.uk/static/pubs/cp/cp11_16.pdf.

FINANCIAL STABILITY BOARD,

- *Effective Resolution of Systemically Important Financial Institutions, Recommendations and Timelines*, Consultative Document, Jul. 2011, disponível em http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_110719.pdf.

- *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, Oct. 2011, http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf.

G20,

- *Leaders' Statement: The Pittsburgh Summit*, Sep. 2009, disponível em http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/pdf/statement_20090826_en_2.pdf.

GOODHART, CHARLES/ SCHOENMAKER, DIRK

-*Fiscal Burden Sharing in Cross-Border Banking Crises*, International Journal of Central Banking 5, 2009, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=965529.

GOODHART, CHARLES

- *¿Cómo Deberíamos Regular El Capital Bancario Y Los Productos Financieros? ¿Cuál Es El Papel De Los “Testamentos En Vida”?*, Revista de Economía Institucional, vol. 12, n.º 23, segundo semestre/2010, pp. 85-109, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1724757.

GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL

-*Direito Comunitário*, Almedina, 2008.

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL/ REDINHA, MARIA REGINA G.

-*A força normativa dos avisos do Banco de Portugal – Reflexão a partir do Aviso n.º11/2001, de 20 de Novembro, a partir do Aviso n.º11/2001, de 20 de Novembro*, Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 707-724.

HERRING, RICHARD J.,

-*Wind-Down Plans as an Alternative to Bailouts: The Cross Border Challenges*, 2010, disponível em <http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/10/p1008htm.htm>.

HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON REFORMING THE STRUCTURE OF THE EU BANKING SECTOR,

-*Final Report*, 2 Oct. 2012, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/report_en.pdf.

HUERTAS, THOMAS F.,

-*Living Wills: How Can the Concept Be Implemented?*, 12 Feb. 2010, disponível em

http://www.ukregulation.co.uk/topics/FSA_Speech_by_Thomas_F_Huertas_Living_Wills_How_Can_the_Concept_be_Implemented_/59899.

HOUSE OF COMMONS TREASURY COMMITTEE,

-Too important to fail – too important to ignore, Ninth Report of Session 2009 – 10, vol. I, 2010, disponível em

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmselect/cmtreasy/261/261i.pdf>.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE,

-A Global Approach To resolving Failing Financial Firms: An Industry Perspective, May 2010, disponível em www.iif.com/download.php?id=Oq+9y23X4Us.

KAUFMAN, GEORGE G.,

-Living Wills: Putting the Caboose Before the Engine and Designing a Better Engine, 2010, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1599787.

KUDRNA, ZDENEK

-Cross-border resolution of failed banks in the EU: search for the second-best policies, Paper to be presented at the ECPR Joint Sessions, Mar. 2010, disponível em

<http://eif.univie.ac.at/downloads/workingpapers/wp2010-08.pdf>.

LEVITIN, ADAM J.

- In Defense of Bailouts, The Georgetown Law Journal, 2011, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1548787.

MACHADO, JÓNATAS E. M.

-Direito da União Europeia, Coimbra Editora, 2010.

MAGALHÃES, MANUEL

A Evolução do Direito Prudencial Bancário no Pós-Crise: Basileia III e CRD IV, O Novo Direito Bancário, Almedina, 2012, 285-371.

PACKIN, NIZAN GESLEVICH

- *The Case Against The Dodd-Frank Act's Living Wills: Contingency Planning Following The Financial Crisis*, Berkeley Business Law Journal, Forthcoming, 2012, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1961626.

QUADROS, FAUSTO DE,

-Direito da *União Europeia*, 1.^a ed., Almedina, 2004;

SANTOS, LUÍS MÁXIMO DOS

-*Regulação e Supervisão Bancária, Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, coord. Eduardo Paz Ferreira, Luís D. Silva Morais, Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2009, 39-117.

SCHILLIG, MICHAEL

-*Bank Resolution Regimes in Europe I – Recovery and Resolution Planning, Early Intervention*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2136101.

SILVA, EDUARDO DE SÁ E

-*Basileia III - Recentes Desenvolvimentos na Regulamentação Prudencial da Actividade Bancária*, inforBANCA, Revista do Instituto de Formação Bancária, ano XXII, n.º 86, Out./Dez. 2010, 8, disponível em http://www.ifb.pt/documents/11202/21966/inforbanca_86.pdf.

SILVA, J. CALVÃO DA

-*Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2001.

SILVA, MARIANA DUARTE

-*Os novos regimes de intervenção e liquidação aplicáveis às instituições de crédito, O Novo Direito Bancário*, Almedina, Lisboa, 2012, 373-437.

SKEEL, DAVID

-*The New Financial Deal*, 2011, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1898736.

TARULLO, DANIEL K.

-Toward an effective resolution regime for large financial institutions, Speech at the Symposium on Building the Financial System of the 21st Century, New York, 18 Mar. 2010, disponível em <http://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/tarullo20100318a.htm>.

THE DE LAROSIÈRE GROUP

-The High Level Group on Financial Supervision in the EU, Feb. 2009, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf.

TUCKER, PAUL

-The crisis management menu, Speech at the Bank of England, at the SUERF, CEPS and Belgian Financial Forum Conference: “Crisis Management at the Cross-Roads”, Brussels, Nov. 2009, disponível em <http://www.bis.org/review/r091118d.pdf>.

- Resolution – a progress report, Speech at the Institute for Law and Finance Conference, Frankfurt, May 2012, disponível em <http://www.bankofengland.co.uk/publications/Documents/speeches/2012/speech568.pdf>

Sites:

www.bis.org

www.ec.europa.eu

<http://www.eba.europa.eu/>

<http://www.eba.europa.eu/>