



**A RESOLUÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO:
O REGIME NACIONAL**

Diogo Pessoa

Marta Vasconcelos Leite

*Mestrado Empresarial, Faculdade de Direito da
Universidade Católica Portuguesa*

Working Paper No.01/2016

Dezembro 2015

This paper can be downloaded without charge from the Governance Lab website at:
www.governancelab.org.

The contents of this paper are the sole responsibility of its author.

Keywords: Resolution, BRRD, Sale of Business, Bridge Institution, Asset Separation Tool, Bail-in, Shareholders' Rights, RGIC.

A RESOLUÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO: O REGIME NACIONAL

Diogo Pessoa

diogopessoacardoso@hotmail.com

Marta Vasconcelos Leite

martavasconcelosleite@gmail.com

Abstract

Executive Summary

The severe consequences of bank failures during the financial crisis are revealing of the need to find mechanisms to prevent those failures or to, at least, deal with them in the most organized and riskless manner possible. Resolution mechanisms aim at that goal and are especially structured in the BRRD.

The present paper focuses on the resolution tools foreseen in the Portuguese system, which are the ones displayed in the BRRD: the sale of business, the creation of a bridge institution, the asset separation tool and the bail-in. It also reflects on the principles that must be valued in the application of a resolution tool and the purposes that these processes must aim at. Finally, this paper also approaches the evolution of the shareholders' rights in the event of a resolution, and the types of reaction available to someone affected by the application of a resolution tool.

TABLE OF CONTENTS

1. GLOSSARIO.....	5
1. INTRODUÇÃO	6
2. PRESSUPOSTOS GERAIS DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS DE RESOLUÇÃO	8
3. MEDIDAS DE RESOLUÇÃO	18
3.1 ALIENAÇÃO PARCIAL OU TOTAL DA ATIVIDADE	20
3.2 TRANSFERENCIA PARCIAL OU TOTAL DA ATIVIDADE PARA INSTITUIÇÕES DE TRANSIÇÃO	21
3.3 VEICULOS DE GESTÃO DE ATIVOS	22
3.4 RECAPITALIZAÇÃO INTERNA	23
4. FUNDO DE RESOLUÇÃO	25
5. CONCLUSÃO	25
6. BIBLIOGRAFIA	27

1. GLOSSÁRIO

BCE – Banco Central Europeu

BdP – Banco de Portugal

DL – Decreto-Lei

EM – Estado Membro

EU – European Union

FdR – Fundo de Resolução

FGD/FGCAM – Fundo de Garantia de Depósitos/Fundo de Garantia do Crédito Agrícola
Mútuo

FMI – Fundo Monetário Internacional

MUR – Mecanismo Único de Resolução

RGIC – Regime Geral das Instituições de Crédito¹

UE – União Europeia

¹ Atualmente Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

1. INTRODUÇÃO

Constitui o trabalho que agora apresentamos um dos elementos de avaliação da cadeira de Direito Bancário. O tema que nos foi atribuído, e que em seguida desenvolveremos, foi o da resolução de instituições de crédito: regime nacional. Para precisar exatamente sobre o que estamos a falar, importa dizer que a resolução bancária é o conjunto de medidas previstas para lidar com uma crise bancária, com o objetivo de “assegurar a continuidade da atividade da instituição sob resolução e evitar riscos gerais ditos sistémicos”². Nas palavras de Eilís Ferran, é “um processo especializado para lidar não só com bancos em desequilíbrio, mas também com outros intervenientes financeiros”. Segundo esta autora, as medidas de resolução, sendo especialmente desenhadas para instituições financeiras, representam uma alternativa à liquidação tradicional (cujas debilidades foram evidenciadas no colapso do banco Lehman Brothers), mais capaz de evitar quer o contágio a outros intervenientes financeiros, quer a aplicação de fundos públicos.³

O regime nacional de resolução dá os seus primeiros passos com a alteração ao RGIC operada pelo DL 31-A/2012 de 10 de fevereiro. O preâmbulo deste Decreto-Lei fornece-nos um enquadramento esclarecedor acerca das motivações que estiveram por detrás da sua elaboração, a saber: a crise financeira internacional que se vivia à época e a constatação de que os mecanismos existentes não possibilitavam uma recuperação das instituições de crédito face a dificuldades; as discussões sobre o tema junto da Comissão Europeia, do Financial Stability Board e do G20; e a elaboração, em 2011, pela Comissão Europeia, de um documento intitulado *Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*. Também o Financial Stability Board emitiu um documento designado *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*. No âmbito do memorando de entendimento celebrado entre o Estado Português, o BCE, a Comissão e o FMI, o “Estado Português assumiu o compromisso de reforçar os regimes de intervenção em situações de potencial ou efetivo desequilíbrio financeiro de instituições de crédito, antecipando-se mesmo, na linha do efetuado por outros Estados-Membros da União Europeia, tais como o Reino Unido, Alemanha, Holanda, Irlanda, Bélgica e Grécia, ao

² MONCADA, Luís Cabral de, *Os Poderes de Resolução Do Banco De Portugal E O Banco Espírito Santo* (2015), p. 9

³ FERRAN, Eilís, *European Banking Union: Imperfect But It Can Work* (2014), disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426247&rec=1&srcabs=2384594&alg=1&xpos=2, consultado pela última vez em 18.10.2015, p. 11, tradução livre

futuro enquadramento comunitário em questões chave consideradas como de especial relevância para a promoção da confiança no sistema financeiro nacional.⁴

Seguindo a ordem cronológica dos acontecimentos legislativos, vemos que em 15 de maio de 2014 foi emanada a Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento. O regime nacional, na sequência desta Diretiva, foi alterado pelos Decretos-Lei 114-A/2014, de 01 de Agosto, e 114-B/2014, de 04 de Agosto, e ainda, mais recentemente, pela Lei 23-A/2015, de 26 de Março.

A publicação da Diretiva, note-se, insere-se num movimento algo mais vasto de União Bancária Europeia. Marco central no “arranque” dos trabalhos conducentes à sua elaboração foi, com efeito, o Relatório de Larosière, publicado em 25 de fevereiro de 2009, no qual se refere que “A falta de uma gestão consistente da crise e de mecanismos de resolução no Mercado Único coloca a Europa numa posição de desvantagem face aos Estados Unidos, devendo estas questões ser resolvidas com a adoção, ao nível comunitário, de medidas adequadas.”⁵ Ao Relatório De Larosière seguiram-se ainda duas comunicações da comissão, intituladas “Impulsionar a retoma europeia” e “Supervisão financeira europeia”⁶. Também o Conselho Europeu de Junho de 2009 entendeu que deveriam avançar os trabalhos necessários à elaboração de um mecanismo transfronteiriço de prevenção e gestão de crises financeiras⁷. A análise do preâmbulo da Diretiva também nos permite extrair algumas das preocupações que estiveram na sua base. Desde logo, constituiu uma preocupação o facto de haver instituições bancárias europeias com operações fora das fronteiras do seu Estado Nacional, antevendo-se a falta de meios de cada um dos EM’s individualmente considerados para lidar com problemas nestas instituições. Aponta-se ainda como problema a falta de harmonização dos vários regimes nacionais de resolução.

Não se contém no âmbito deste trabalho a elaboração de uma aprofundada resenha histórica do surgimento da Diretiva Sobre Resolução Bancária. Porém, é fundamental, neste contexto, dizer algo mais sobre o projeto de União Bancária Europeia.

⁴ Retirado do preâmbulo do referido DL

⁵ COMISSÃO EUROPEIA, *Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee, The European Court Of Justice And The European Central Bank*, COM(2009) 561/4, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/091020_communication_en.pdf, consultado pela última vez em 27/11/2015, p. 3

⁶ CÂMARA, Paulo, MAGALHÃES, Manuel, *O Novo Direito Bancário*, Coimbra (2012), p. 75

⁷ COMISSÃO EUROPEIA, *Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee, The European Court Of Justice And The European Central Bank*, COM(2009) 561/4, ob.cit, p.3

Como informa Eilís Ferran, a União Bancária Europeia nasceu da percepção da necessidade de um sistema mais forte e centralizado de supervisão e resolução financeira, como forma de restaurar a credibilidade e estabilidade no sistema bancário da zona euro.⁸ O projeto de união bancária assenta em três pilares distintos⁹: O Mecanismo Único de Supervisão; O Mecanismo Único de Resolução e o Sistema Único de Garantia de Depósitos. É entre o primeiro e o segundo pilares que surge a Diretiva Sobre Resolução Bancária, como forma de uniformizar as diferentes regras nacionais nesta matéria. De referir que a partir de Janeiro de 2016 entra plenamente em vigor o segundo pilar, através da implementação do Mecanismo Único de Resolução, criado pelo Regulamento (UE) nº 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014. Após a entrada em vigor deste mecanismo, a responsabilidade pela aplicação de medidas de resolução transita das autoridades nacionais para o MUR¹⁰, ficando as autoridades nacionais com essa competência em relação aos bancos que não estejam sujeitos a supervisão prudencial diretamente exercida pelo BCE.

2. PRESSUPOSTOS GERAIS DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS DE RESOLUÇÃO

Feita a contextualização do regime nacional de resolução, importa agora expender algumas considerações acerca dos requisitos e procedimentos necessários à sua aplicação. Não é, note-se, tarefa de reduzido relevo prático. No contexto nacional que agora vivemos, no rescaldo da aplicação de uma medida de resolução ao Banco Espírito Santo, em que se adivinha um forte recurso aos tribunais para contestar a aplicação de tal medida, antevemos que a discussão se centrará, precisamente, na eventual não verificação dos pressupostos/procedimentos de aplicação de medidas de resolução.¹¹ Inserindo-se o capítulo III (Resolução) no Título VIII do RGIC, verificamos que os princípios enunciados no artigo 139º/2 devem pautar a aplicação destas medidas. Extrai-se deste enunciado normativo, assim, que os princípios da proporcionalidade e da adequação devem orientar toda a atuação nesta matéria. O considerando 49 da Diretiva, particularmente preocupado

⁸ FERRAN, Eilís, *European Banking Union: Imperfect, But It Can Work* (2014), ob.cit., p. 2

⁹ Assim também: EUROCID, *União Bancária*, disponível em http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=8417, consultado pela última vez em 24/11/2015

¹⁰ PWC, *EU Bank Recovery and Resolution Directive 'Triumph or tragedy?*, January (2014), disponível em <https://www.pwc.com/gx/en/banking-capital-markets/assets/pwc-eu-bank-recovery-and-resolution-directive-triumph-or-tragedy.pdf>, consultado pela última vez em 10.10.2015, p. 4

¹¹ Isto dito, porém, devemos chamar a atenção para o facto de, à data da aplicação da medida de resolução (agosto de 2014), não conter o RGIC a redação que agora vigora, e sobre a qual basearemos o nosso trabalho.

com os direitos dos acionistas, diz-nos, aliás, que “deverão ser tidos em conta o princípio da proporcionalidade e as particularidades da forma jurídica da instituição.” O mencionado artigo 139º/2 concretiza ainda os aspetos que devem ser tomados em conta na ponderação de proporcionalidade e adequação, a saber: “o risco ou o grau de incumprimento, por parte da instituição de crédito, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como a gravidade das respetivas consequências na solidez financeira da instituição em causa, nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro”. Do artigo 144º, por seu turno, resulta que a aplicação de uma medida de resolução exige a verificação de que as medidas de intervenção corretiva eventualmente aplicadas à instituição de crédito não permitiram a sua recuperação. Não tendo havido lugar à sua aplicação, terá de haver um juízo de prognose que permita concluir que as mesmas seriam insuficientes.

Artigo de suma importância, por se referir especificamente à aplicação de medidas de resolução, é o artigo 145º-C, que elenca as 5 finalidades que o BdP deve prosseguir. Também aqui existe uma elevada margem de discricionariedade atribuída ao BdP. É a este que cabe determinar o que sejam os serviços financeiros essenciais para a economia; é a este que cabe fazer um juízo de prognose quanto ao contágio entre as entidades e ao impacto na estabilidade financeira. Tal discricionariedade é ainda evidenciada no artigo 145º-C/2: é ao BdP que compete escolher quais as medidas de resolução que melhor se adequam às finalidades referidas, mas é também ao BdP que incumbe apreciar, à luz da natureza e circunstâncias do caso concreto, a relevância das finalidades¹².

Na Diretiva Sobre Resolução Bancária, os objetivos da resolução não divergem dos consagrados na solução nacional. No que respeita ao 145º-C/1/a), a Diretiva apenas adota uma formulação diferente, referindo-se a funções críticas, definidas, no ponto 35 do artigo 2º, como “atividades, serviços ou operações cuja interrupção pode dar origem, num ou em vários Estados-Membros, à perturbação de serviços essenciais para a economia real ou perturbar a estabilidade financeira devido à dimensão ou à quota de mercado de uma instituição ou de um grupo, ao seu grau de interligação externa e interna, à sua complexidade ou às suas atividades transfronteiriças, com especial destaque para a substituíbilidade dessas atividades, serviços ou operações”;

¹² Note-se que apesar de o artigo 145º-C dizer que o BdP prossegue as seguintes finalidades (sublinhado nosso), na prática, a prossecução de apenas uma delas é, em abstrato, suficiente para justificar a aplicação de uma medida. É tal o que decorre quer do artigo 145º-E/2/c), quer da conjugação dos números 1, alínea c) e 5 do artigo 32º da Diretiva.

O artigo 31º da Diretiva tem ainda a preocupação de dizer, expressamente, que a autoridade de resolução deve procurar minimizar o custo da resolução e evitar a destruição de valor, a menos que esta seja necessária para atingir os objetivos da resolução. Diz-se também que, por via de princípio, os vários objetivos da resolução possuem igual importância.

Note-se que a definição destes objetivos é particularmente relevante. Com efeito, concordamos com a afirmação segundo a qual “Estes objetivos funcionam não apenas como linhas orientadoras genéricas do “desenho” das reações técnicas no caso de um problema individual, mas também, e segundo o artigo 32º/5, como uma referência técnica com base na qual a proporcionalidade de qualquer ação de resolução terá de ser avaliada, através de uma comparação com uma situação hipotética de liquidação da instituição. Isto pode ser particularmente importante nos casos em que as pessoas afetadas por medidas de resolução recorram aos tribunais”¹³

Na aplicação de medidas de resolução, e para que possam ser prosseguidas as finalidades referidas supra, é elaborada uma lista hierarquizada de quais os stakeholders que devem ser chamados a suportar os prejuízos¹⁴ da instituição objeto de resolução. Tal enumeração vem prevista no artigo 145º-D, não diferindo da que vem prevista no artigo 34º da Diretiva. A ordem pela qual são chamados a suportar os “prejuízos” é a seguinte: acionistas; credores, segundo a hierarquia dos créditos e os depositantes, na medida em que disponham de depósitos não cobertos pelo fundo de garantia de depósitos¹⁵. Há apenas a registar, neste âmbito, que a garantia consagrada no artigo 145º-D/1/c) merece tratamento autónomo, na Diretiva, nos artigos 73º e seguintes.

O artigo 145º-D/2 reitera a necessidade de proporcionalidade nos custos de aplicação de uma medida de resolução, bem como o dever de evitar a perda de valor além do que se revele necessário. Encaminhando-nos para o fim dos pressupostos gerais de aplicação das medidas de resolução, diríamos que, obedecendo aos princípios da adequação e proporcionalidade, às finalidades atrás enunciadas, e seguindo a hierarquia

¹³ BINDER, Jens-Hinrich, *Resolution: Concepts, Requirements and Tools* (2014), disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2499613, consultado pela última vez em 18.10.2015, p. 12, tradução livre

¹⁴ Temos algumas dúvidas de que este seja o melhor termo a usar. Melhor seria que se tivesse falado numa necessidade de suportar perdas, à semelhança do que faz a diretiva. Com efeito, o que cada um dos acionistas/credores suporta é uma perda, que é sua, pelo não recebimento de qualquer valor pela partilha do ativo societário/do montante dos créditos. Os prejuízos da instituição, esses, continuam a ser da responsabilidade da instituição.

¹⁵ Note-se que, nos termos do artigo 166º/RGIC, o Fundo de Garantia de Depósitos garante o “reembolso, por instituição de crédito, do valor global dos saldos em dinheiro de cada titular de depósito, até ao limite de (euro) 100 000.”

de *stakeholders* responsáveis pelas perdas, para que possa ser aplicada uma medida de resolução é necessário que ocorra o seguinte “quadro conjuntural”:

1 – Declaração, pelo BdP, de que a instituição de crédito está em risco ou em situação de insolvência; 2 – Juízo de prognose desfavorável em relação à capacidade de a entidade evitar, por si, a situação de insolvência num prazo razoável; 3 - serem as medidas de resolução necessárias e proporcionais à prossecução de alguma das finalidades previstas; 4 - a entrada em liquidação da instituição de crédito não permitir com maior eficácia as finalidades previstas no 145º-C.

Note-se que a diretiva, no seu artigo 32º, acrescenta o requisito de não existir, tendo em conta os prazos e outras circunstâncias relevantes, nenhuma perspetiva razoável de que uma ação alternativa do setor privado ou uma ação de supervisão impediriam a situação de insolvência da instituição num prazo razoável.

Concordamos, assim, com a afirmação de que uma medida de resolução “é uma medida fragmentária, de ultima ratio, cujo recurso deve mostrar-se indispensável por forma a evitar a propagação sistémica a todas as instituições financeiras, salvaguardando eventuais custos para os contribuintes e garantindo a estabilidade do sistema financeiro.”¹⁶

Com efeito, cremos ser correto dizer que “Num cenário a este nível [cenário de “cor vermelha” ou de inviabilidade], tendencialmente, apresentam-se duas hipóteses: a adoção de medidas de resolução ou a entrada em liquidação judicial (em resultado da revogação da autorização para o exercício da atividade). A escolha entre ambas, para além de estar dependente da verificação dos pressupostos desencadeadores de cada uma delas, depende igualmente de uma análise cuidada das características da instituição em causa, seus ativos e passivos, impacto no sistema financeiro e na economia nacional (e internacional), bem como da avaliação do volume de perdas em cada um dos casos.”¹⁷ Nesta ponderação entre liquidação e resolução será importante considerar que se podem apontar aos processos de insolvência que “o processo judicial é bastante demorado, os ativos sofrem desvalorizações bruscas, as perdas são avultadas e as autoridades judiciais não têm, na

¹⁶ COSTA, Tiago Manuel de Sousa Freitas e, Da Nova Arquitectura de Supervisão Bancária - Considerações a Propósito da Medida de Resolução (2015), disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/28700/1/Da%20nova%20arquitectura%20de%20super%20visao%20bancaria.pdf>, consultado pela última vez em 10.10.2015, p. 24

¹⁷ GALRÃO, Sara Santos, O Novo Regime Comunitário De Gestão De Crises Bancárias - Uma Análise Dos Mecanismos De Recuperação E Resolução De Instituições Financeiras – (2013), disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15622/1/Tese%20-%20O%20Novo%20Regime%20Comunit%C3%A1rio%20de%20Gest%C3%A3o%20de%20Crises%20Banc%C3%A1rias%20-%20Sara%20Galr%C3%A3o.pdf>, consultado pela última vez em 10.10.2015, p. 25

maior parte dos casos, preparação técnica para lidar com estas situações, em especial por envolverem muito dinheiro, muita gente e efetiva ou potencialmente até grande parte ou todo o sistema financeiro e a economia em geral.”¹⁸

Christoph Thole diz-nos que parece haver uma tendência para, no que respeita às instituições financeiras, considerar os procedimentos insolvenciais como francamente negativos, retratando-os como procedimentos de pura liquidação, em que os credores são, eventualmente, deixados sem nada.¹⁹

Um passo essencial para que possa ser aplicada uma medida de resolução é o das avaliações para efeitos de resolução.

Do artigo 145º-H pode extrair-se que essa avaliação é feita por uma entidade independente (quer do BdP quer da instituição objeto de resolução), a expensas da instituição, em prazo a fixar pelo BdP. Tal avaliação é feita de forma justa, prudente e realista²⁰, e deve abranger os ativos, passivos e elementos extrapatrimoniais da instituição em causa. Deve ainda reconhecer todos os prejuízos, e destina-se a ser usada pelo BdP para sustentar a sua fundamentação, no que respeita à verificação dos requisitos de aplicação de medidas de resolução. Deve ainda ter-se em conta, na avaliação, que o BdP e o FdR têm o direito a recuperar quaisquer despesas razoáveis incorridas por força da aplicação das medidas de resolução. Note-se que tal avaliação é ainda complementada por uma análise e estimativa do valor contabilístico dos ativos, podendo ainda ocorrer uma análise e estimativa do valor de mercado dos ativos e passivos da instituição de crédito. Diz ainda o número 6 do mesmo artigo que a avaliação gradua os acionistas e credores de acordo com a lei e os termos e condições dos respetivos instrumentos e contratos, e realiza ainda uma estimativa das consequências previsíveis para os acionistas e para cada classe de credores se a instituição de crédito entrasse em liquidação. Nos termos do número 14 do mesmo artigo, para efeitos da salvaguarda estabelecida em favor dos

¹⁸GALRÃO, Sara Santos, O Novo Regime Comunitário De Gestão De Crises Bancárias - Uma Análise Dos Mecanismos De Recuperação E Resolução De Instituições Financeiras, ob.cit, p. 26

¹⁹ “Around the globe, bankruptcy law has undergone a dramatic modernization in recent years. Existing proceedings have been made suitable not only for liquidation, but for restructuring as well¹⁶. In stark contrast to this development, when it comes to the insolvency of financial institutions, bankruptcy proceedings are widely perceived as the work of the devil. Bankruptcy proceedings are portrayed as pure liquidation proceedings where all creditors are eventually left with nothing. It is hard to miss the irony that lies in this.” THOLE, Christoph, *Bank Crisis Management and Resolution – Core Features of the Bank Recovery and Resolution Directive* (2014), disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2469807, consultado pela última vez em 18.10.2015, pp. 5, 6

²⁰ Como é facilmente perceptível, as exigências formuladas aos avaliadores, em sede de pressupostos da avaliação, são algo vagas. Consideramos muito relevante o disposto no 74º/4 da Diretiva, que consagra a possibilidade de a EBA elaborar projetos de normas técnicas de regulamentação que especifiquem a metodologia para a realização da avaliação relevante para aferir da diferença de tratamento dos credores/acionistas face ao regime da liquidação.

acionistas e dos credores, é designada uma entidade para, a expensas da instituição de crédito objeto de resolução, avaliar se, caso não tivesse sido aplicada a medida de resolução e a instituição de crédito objeto de resolução entrasse em liquidação no momento da aplicação da medida, os acionistas, os credores e o Fundo de Garantia de Depósitos ou o Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo suportariam um prejuízo inferior. Diz-nos o número 15 do artigo 145º-H que a avaliação deve pressupor que a medida de resolução não teria sido aplicada nem produzido efeitos, não devendo também ser tomada em linha de conta, quando for o caso, a concessão de apoio financeiro público extraordinário. Note-se que, nos termos do número 16, caso a avaliação determine que foi suportado um prejuízo superior ao que teria sido suportado caso não tivesse sido aplicada a medida de resolução, há um direito ao recebimento da diferença, crédito esse a ser exercido contra o Fundo de Resolução²¹.

Tendo na nossa memória o recente caso do BES, onde correu muita tinta sobre a posição dos acionistas e credores da instituição, no contexto da aplicação da medida de resolução²², importa, nas linhas que se seguem, dar uma breve nota acerca da proteção que é conferida aos acionistas e credores, no contexto da aplicação de uma medida de resolução. Este aspeto é particularmente importante visto que, na aplicação de uma medida de resolução, se “deve procurar assegurar que os acionistas da instituição de crédito, bem como os credores, com exceção dos credores de depósitos garantidos, assumam prioritariamente os seus prejuízos, de acordo com a respetiva hierarquia e em condições de igualdade dentro de cada classe de credores.”²³

²¹ Faz sentido que seja este fundo a suportar tal prejuízo. Com efeito, o princípio que subjaz a este regime é o de que quem deve financiar a prossecução das finalidades visadas com a aplicação das medidas de resolução é o sistema bancário, através do FdR, e não os acionistas ou credores. Com efeito, os acionistas ou credores sujeitam-se às perdas que decorram da situação patrimonial líquida da instituição bancária, não às perdas decorrentes da aplicação da medida de resolução, que serão, por força deste artigo, suportadas pelo Fundo de Resolução.

²² Veja-se, a este propósito, MONCADA, Luís Cabral de, Os Poderes De Resolução Do Banco De Portugal E O Banco Espírito Santo (2015), pp.43-44, que nos diz que “os sócios são credores *subordinados* por estarem *especialmente relacionados com o devedor* (...) pelo que apenas receberão o que eventualmente lhes couber no âmbito do processo de insolvência do BES, ou seja, o remanescente rateado da massa insolvente, se o houver (...) Mas isto não escamoteia que a outro título completamente diferente lhes seja devida uma indemnização quer à face do direito europeu quer à do direito português. É que os sócios têm direito ao que teriam direito a receber em caso de insolvência, como diz a lei. Mas sucede que não estamos perante um caso de insolvência mas sim perante uma intervenção unilateral de uma autoridade pública que precisamente a visa evitar enveredando por uma medida que em tudo se aproxima de uma nacionalização. E esta cabe no conceito amplo de expropriação como já deliberou o TC alemão. Assim sendo requer uma indemnização”. Como diremos em texto, cremos que o atual regime do RGIC soluciona já o problema.

²³ BASTO, Inês Caria Pinto, CARVALHO, Mafalda Almeida, *O Novo Regime De Intervenção Corretiva, Administração Provisória, Resolução E Liquidação De Instituições De Crédito*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 33 (2012), p. 101

Em primeiro lugar, importaria dizer que houve uma evolução significativa, no que respeita à proteção destes *stakeholders*.²⁴ Com efeito, analisemos os impactos decorrentes da medida de resolução de criação de uma instituição de transição, ao abrigo do regime vigente até agosto de 2014.

Sobre este aspeto, regia o artigo 145º-B, na redação da altura. Dizia-se, então, que os prejuízos da instituição em causa deveriam ser assumidos pelos acionistas e credores da instituição, com exclusão dos titulares de depósitos garantidos. Não havia, portanto, nenhuma salvaguarda para os acionistas/credores. Transferindo-se ativos, passivos e/ou elementos extrapatrimoniais para uma instituição de transição, esta transferência não originava qualquer compensação a favor da entidade objeto de resolução. A única forma que os acionistas e credores teriam de poder vir a receber algo decorrente dessa transferência seria se, após a alienação da instituição de transição, fosse apurado um saldo líquido positivo entre a venda e o dinheiro injetado na instituição pelo FdR e/ou pelo FGD/FGCAM. Os acionistas/credores ficavam, assim, privados de qualquer controlo sobre a instituição objeto de uma medida de resolução, não controlando também a administração do banco de transição, de cuja boa prestação e boa gestão dependeria, a par com os fatores de mercado, a possibilidade de receberem alguma compensação. Era, a nosso ver, um regime fortemente penalizador e, cremos, flagrantemente inconstitucional, por proceder a uma nacionalização de propriedade privada sem uma justa compensação.

Este quadro alterou-se, porém, a 1 de agosto de 2014, com o DL 114-A/2014²⁵. Com efeito, o artigo 145º-B/1/c) passou a prever que nenhum credor podia assumir um prejuízo superior ao que assumiria caso a instituição tivesse entrado em liquidação. Assim, um de dois cenários podia ocorrer: ou o credor via o seu crédito transferido para a instituição de transição²⁶, ou, ficando na instituição alvo da medida de resolução, apenas se sujeitava às perdas resultantes da situação patrimonial da instituição, não a eventuais perdas resultantes da aplicação da medida de resolução em si²⁷. Ainda assim, como se vê, a posição dos acionistas continuou, neste âmbito, inalterada.

²⁴ Por uma questão metodológica e de clareza de exposição, e atendendo a que até 2015 o RGIC apenas conhecia duas medidas de resolução expressamente previstas, adotaremos, na análise das consequências práticas das alterações de regime, o exemplo da constituição de uma instituição de transição.

²⁵ Um Decreto-Lei promulgado por Sua Excelência o Presidente da República no mesmo dia em que foi visto e aprovado em Conselho de Ministros, e referendado no dia seguinte, tal era a urgência.

²⁶ Transmissão essa que não depende do seu consentimento.

²⁷ Por exemplo, a transferência de ativos superiores aos passivos.

A diretiva de 2014 veio, porém, introduzir alterações significativas nesta matéria. Com efeito, vários são os pontos em que a mesma se refere aos acionistas²⁸, mas é nos artigos 73º a 75º que a alteração de paradigma se tornou mais evidente. Decorre destes artigos que a garantia introduzida em 2014 para os credores é também extensível aos acionistas, sempre na lógica de que os acionistas e credores estão sujeitos a perdas resultantes dos prejuízos da instituição, mas não aos custos ou destruição de valor decorrentes da aplicação da medida de resolução. Num primeiro momento, o artigo 73º obriga a que, transferindo-se apenas parte dos direitos, ativos e passivos, os credores e acionistas cujos créditos não tenham sido transferidos recebam, pelo menos, o mesmo valor que teriam recebido se a instituição tivesse sido liquidada ao abrigo de processos normais de insolvência. No caso de aplicação do instrumento de recapitalização interna, prevê a diretiva que os acionistas e credores cujos créditos tenham sido objeto de redução/conversão em capitais próprios não sofram perdas superiores às que teriam sofrido se se tivesse seguido o processo normal de insolvência. Não obstante o funcionamento desta garantia, o artigo 75º prevê ainda que se um credor ou acionista suportar, em resultado da medida de resolução, “prejuízos” maiores, face ao cenário da liquidação, então tem direito ao pagamento da diferença pelos mecanismos de financiamento da resolução.

Tal regime foi transposto para o RGIC, na redação dada pela Lei 23-A/2015. Com efeito, enquanto antes se fazia depender a posição dos credores e dos acionistas da venda do banco de transição, agora o artigo 145º-R/5 é claro ao dizer que as receitas geradas com a venda revertem para os acionistas da instituição de transição²⁹ (não da instituição objeto de resolução). Vejamos, então, como funciona, na atual redação, a garantia conferida aos acionistas e credores. Nos termos do artigo 145º/H/16, caso a avaliação realizada apure que os acionistas e credores suportaram um prejuízo superior ao que suportariam caso não tivesse sido aplicada a medida de resolução e a instituição de crédito entrasse em liquidação, devem estes ser ressarcidos, na medida da diferença, pelo Fundo de Resolução. Na prática, portanto, consagra-se o mesmo regime que havia já, desde 2014, para os credores, isto é, um regime apoiado na ideia de que quem deve suportar as perdas decorrentes da resolução não são os credores/acionistas. Algo perturbador, neste quadro de garantia, é o artigo 145º-Q/2. Este artigo diz-nos que “se houver lugar ao pagamento de qualquer contrapartida por parte da instituição de transição em virtude da transferência

²⁸ Veja-se, só nos considerandos, e a título exemplificativo, os considerandos 5, 13, 39, 40, 47, 49, 50, 51.

²⁹ Regime também aplicável, por força da remissão do artigo 145º-T/11, à medida da segregação de ativos.

determinada pelo BdP, esta reverte para³⁰: (...) b) A instituição de crédito objeto de resolução, caso a transferência para a instituição de transição tenha sido realizada através da transferência de parte ou da totalidade dos direitos e obrigações da instituição de crédito objeto de resolução para a instituição de transição, na medida da diferença, se positiva, entre os ativos e passivos da instituição objeto de resolução transferidos para a instituição de transição, apurada no âmbito da avaliação prevista no artigo 145.º-H.” Ora, dizemos que este artigo é algo perturbador porque em momento algum se prevê, no RGIC, uma indemnização decorrente da diferença entre ativos e passivos transferidos. E, note-se, não deve esta “salvaguarda” ser confundida com a do artigo 145.º/H/16, posto que, nesse artigo, a indemnização deve ser paga pelo Fundo de Resolução, e não pela instituição de transição. Todavia, importa ainda considerar o artigo 145.º-AA/1/c), que nos diz que o Fundo de Resolução deve disponibilizar o apoio financeiro necessário para “Adquirir ativos da instituição de crédito objeto de resolução”. Note-se que esta obrigação de compensar a instituição objeto de resolução, na medida da diferença entre os ativos e os passivos, está também prevista no artigo 145.º-T/4. Como conjugar, então, estas duas salvaguardas? Parece-nos que a única hipótese será a de considerar que estamos aqui perante uma salvaguarda dos acionistas e credores que opera, no caso de criação de uma instituição de transição, a dois tempos. Assim, no momento da transferência de ativos e passivos, é devida, pela instituição de transição, o valor, se positivo, da diferença. Esta diferença deve ser apurada com base na avaliação feita aquando da resolução. Após a liquidação da instituição objeto de resolução, deverá comparar-se o valor dela resultante com o valor que, nos termos da avaliação feita, teria sido possível atribuir aos acionistas/credores se não tivesse sido aplicada qualquer medida de resolução. Note-se que, neste momento, a eventual contrapartida pela diferença entre ativos e passivos já aparece contabilizada no valor apurado em sede de liquidação. É neste momento que, cremos, funciona o segundo nível de salvaguarda, isto é, se se apurar que os acionistas/credores teriam ficado em situação mais favorável se não se tivesse operado a resolução da instituição, têm direito a uma segunda compensação, desta feita pela diferença de tratamento, e a exercer contra o Fundo de Resolução. Concordamos com esta solução. Com efeito, bem pode acontecer que a medida de resolução gere uma destruição de valor maior do que a decorrente da diferença positiva entre os ativos e passivos transferidos. Por exemplo, podia a instituição em liquidação conseguir liquidar por um preço superior um determinado conjunto de ativos, se o pudesse alienar como um todo, não o podendo fazer por ter parte dele sido transferido para a instituição de transição.

³⁰ Continuamos, para manter a coerência do exemplo, a abordar a situação de aplicação de uma medida de resolução de criação de uma instituição de transição.

Uma última nota, neste âmbito, para as formas de contestar judicialmente a aplicação de medidas de resolução. Nos termos do artigo 85º da Diretiva, no seu número 3, todas as pessoas afetadas por uma medida de resolução têm de ter o direito de interpor recurso contra essa decisão. Tal matéria vem, a nível nacional, regulada no artigo 145º-AR do RGIC, prevendo-se a possibilidade de recurso aos meios de contencioso administrativo. É, porém, muito perturbadora a redação do artigo 145º-AR/3 que, nos termos do número 1, se destina a introduzir “especificidades” ao contencioso administrativo. Ora, o que o número 3 nos vem dizer é que, em sede de execução de sentença anulatória, o BdP pode invocar legítima causa de inexecução. Ora, esta possibilidade já decorria do CPTA, não se afigurando nenhuma especificidade. Especificidade poderá haver se resultar deste artigo, como parece que resulta, que, havendo essa invocação, não tem de haver uma fundamentação detalhada da mesma, nem existe um poder de apreciação do juiz acerca de tal invocação. É o que parece decorrer da existência de se passar “de imediato” para o procedimento tendente à fixação da indemnização devida. Note-se que a Diretiva, no seu artigo 85º/4/b), o que nos diz é que “o direito de recurso referido no número 3 fica sujeito às seguintes disposições: (...) b) A decisão das autoridades de resolução é imediatamente aplicável e dá origem à presunção refutável de que a suspensão da sua execução seria contra o interesse público”. Destacamos que este artigo se reporta ao eventual carácter suspensivo do recurso (não aos efeitos da decisão final), e mesmo em sede de efeitos suspensivos a presunção estabelecida é refutável. Este mesmo artigo, porém, termina com o seguinte parágrafo: “Quando for necessário para proteger os interesses de terceiros que agindo de boa-fé tenham adquirido ações, outros instrumentos de propriedade, ativos, direitos ou passivos de uma instituição objeto de resolução por força do uso dos instrumentos de resolução ou do exercício dos poderes de resolução por uma autoridade de resolução, a anulação de uma decisão da autoridade de resolução não afeta os atos administrativos adotados ou as transações concluídas ulteriormente pela mesma autoridade de resolução com base na decisão anulada. Nesse caso, as vias de recurso contra as decisões ou ações indevidas das autoridades de resolução ficam limitadas à compensação pelos prejuízos sofridos pelo requerente em resultado dessas decisões ou ações.” A questão, porém, é que o nosso regime nacional não possibilita, sequer, ao juiz nacional a apreciação destes interesses. Nesta sede, e visto que se subtrai ao poder do órgão de soberania tribunal a possibilidade de executar a anulação de um ato da administração, parece-nos que estamos perante uma flagrante violação da Constituição da República Portuguesa, nomeadamente das regras do Estado de Direito (posto que a execução da sentença que se impede teria de ter na base a ilegalidade dos atos), limite que se coloca até mesmo à receção do Direito Europeu, nos termos do artigo 8º/4/CRP.

3. MEDIDAS DE RESOLUÇÃO

Como referimos na introdução, a crise financeira expôs a insuficiência dos mecanismos de resposta às instituições de crédito em desequilíbrio e acentuou a necessidade de prevenir as insolvências nesta área ou de garantir que, quando inevitáveis, decorram da forma menos nefasta possível.³¹ As medidas de resolução, que viram o seu leque alargado pela Lei nº 23-A/2015, surgiram então como alternativa ao processo de liquidação tradicional e é nesses termos que o artigo 144º dispõe que após a insuficiência demonstrada ou prevista, na recuperação da instituição de crédito, das medidas de intervenção corretiva, cabe ao BdP decidir a suspensão ou destituição dos membros dos órgãos de administração e designação de membros provisórios; a aplicação de uma medida de resolução; a revogação da “autorização para o exercício da respetiva atividade, seguindo-se o regime de liquidação previsto na lei aplicável”.

O artigo 140º determina que o Banco de Portugal, enquanto entidade responsável pela aplicação das medidas de resolução e de intervenção corretiva, não se encontra vinculado a quaisquer critérios de hierarquização dos mecanismos previstos, cabendo-lhe aplicar a medida (ou a combinação de medidas) que melhor se ajuste às circunstâncias concretas, desde que o faça com respeito pelos princípios de adequação e proporcionalidade mencionados no artigo 139.º e pela verificação dos pressupostos de aplicação de cada medida. Contudo, na linha do que já foi dito, parece retirar-se da leitura do artigo 144º do mesmo diploma que a aplicação de medidas de resolução, mais intrusivas, apenas deve ter lugar caso as medidas de intervenção corretiva previstas pareçam insuficientes ou desadequadas à situação concreta. Este juízo de avaliação compete exclusivamente ao Banco de Portugal.

O BdP tem amplíssimos poderes de resolução, consagrados nos artigos 145º-A e B. No entanto, e por questões de economia de espaço, neste trabalho abordaremos apenas as medidas de resolução em si.

A Diretiva 2014/59/EU especifica quatro medidas de resolução, que estão transpostas entre nós no artigo 145º-E do RGIC, e que analisaremos nesta parte do trabalho: a alienação parcial ou total da atividade, a transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição, a segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos e a recapitalização interna.

³¹ Preâmbulo da Diretiva 2014/59/EU

O objetivo da resolução é, em regra, de *gone concern*, o que significa que as medidas são aplicadas tendo em vista o término ordeiro da atividade da instituição, procurando garantir que uma outra instituição dê continuidade aos seus serviços financeiros essenciais. É este o propósito que orienta, por exemplo, a constituição de um banco de transição. Contudo, a medida de resolução, particularmente a recapitalização interna, pode ter um objetivo de *going concern*, ou seja, pode pretender que a instituição mantenha pelo menos parte da sua atividade e que recupere uma posição de equilíbrio. Esta situação pode ser justificada se até outras formas de resolução se revelarem uma ameaça séria à estabilidade do sistema, sobretudo se implicarem risco de contágio a economias de outros países.³²

Um aspeto transversal à aplicação de medidas de resolução é a cessação de funções dos administradores ou membros do órgão de fiscalização da instituição de crédito objeto de resolução. Neste âmbito, determina o artigo 145º-F que quando o Banco de Portugal decida pela aplicação de uma medida de resolução, “os membros do órgão de administração e de fiscalização da instituição de crédito objeto de resolução e o seu revisor oficial de contas ou a sociedade a quem compete emitir a certificação legal de contas que não integre o respetivo órgão de fiscalização cessam as suas funções”. Tal só não acontece se a manutenção dos titulares dos órgãos for essencial para alcançar as finalidades que orientam a resolução. Os membros e titulares que cessam funções ficam vinculados a um dever de prestação de informação e de colaboração com o Banco de Portugal, a quem compete a designação de novos titulares. Estes novos titulares de cargos de direção de topo, membros do órgão de fiscalização e de administração só são responsáveis perante os acionistas e credores pelos danos que resultem de atuações ou omissões ilícitas com dolo ou culpa grave.

Nos termos do artigo 145º-G, os administradores designados podem a todo o tempo ser substituídos pelo Banco de Portugal, a quem devem apresentar relatórios sobre a situação da instituição objeto de resolução, e que pode limitar as suas competências ao ponto de sujeitar à sua aprovação prévia determinados atos da competência dos administradores. A remuneração destes administradores é definida pelo Banco de Portugal, apesar de ser suportada pela instituição de crédito. Note-se ainda que, embora vendo a sua ação limitada pelas orientações do BdP, os administradores por este nomeados dispõem de um vastíssimo leque de competência que, nos termos do artigo

³² GALRÃO, Sara Santos, *O Novo Regime Comunitário De Gestão De Crises Bancárias – Uma Análise Dos Mecanismos De Recuperação E Resolução De Instituições Financeiras* (2013), ob.cit., p. 27

145º-G/2, abrange todas as competências atribuídas por lei e pelo contrato à assembleia geral e aos órgãos de administração.

3.1 ALIENAÇÃO PARCIAL OU TOTAL DA ATIVIDADE

A alienação parcial ou total da atividade é a primeira medida de resolução prevista no RGIC, no artigo 145ºM, e já constava do Decreto-Lei nº 31-A/2012. A aplicação deste mecanismo permite ao Banco de Portugal vender “em condições comerciais”³³ a “totalidade ou parte da atividade de uma instituição financeira sem obter o consentimento dos acionistas e sem ter de observar procedimentos que de outra forma teriam lugar”.³⁴

O Banco de Portugal deve assegurar a celeridade e transparência do processo de alienação e pode emitir convites a potenciais adquirentes para apresentarem propostas de aquisição, nos termos do artigo 145º-M/4.

Após a alienação, o Banco de Portugal pode, mediante autorização do adquirente, devolver à instituição objeto de resolução direitos e obrigações que tinham sido transmitidos, e devolver aos titulares no momento da aplicação da resolução a titularidade de ações ou outros títulos representativos do capital social.³⁵ Nos termos do número 4 do artigo 145º-N, os direitos de crédito detidos por pessoas ou entidades que nos dois anos anteriores à decisão de alienação tenham tido participação igual ou superior a 2% do capital social ou tenham pertencido ao órgão de administração não podem ser alienados na resolução se não for provado que a atuação (ou omissão) destes sujeitos não provocou (ou pelo menos contribuiu para) as dificuldades financeiras da instituição. Este tratamento especial dos detentores de pelo menos 2% do capital social existe também no contexto da medida de criação de um banco de transição. Nos termos do artigo 145º-Q/3, não podem ser transferidos para a instituição de transição quaisquer direitos de crédito sobre a instituição objeto de resolução que sejam detidos por pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, superior a 2% do capital social da instituição, ou tenham sido membros dos órgãos de administração da instituição de crédito, salvo se ficar demonstrado que não estiveram, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação. Este regime apresenta semelhanças com o regime nacional de insolvência, em que se prevê, no artigo 48º/CIRE, que são subordinados os créditos detidos por pessoas

³³ A expressão consta do artigo 145º-N RGIC

³⁴ FERRAN, Eilís, *European Banking Union: Imperfect But It Can Work*, ob. cit., p. 11, tradução livre

³⁵ A possibilidade de devolução está prevista no artigo 145º-N/3/b) RGIC

especialmente relacionadas com o devedor, considerando-se como tal, nomeadamente, nos termos do 49º/2/a), os sócios, associados ou membros que respondam legalmente pelas suas dívidas, e as pessoas que tenham tido esse estatuto nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência. O que nos preocupa, porém, na redação deste artigo, é justamente a sua operacionalização prática. Com efeito, no momento em que é decidida a transferência de ativos e passivos, quem deve aferir se ficou ou não demonstrado o facto de que depende a possibilidade de transmissão dos créditos? Entendendo o Banco de Portugal que tal facto não se verificou, importaria também saber como podem os visados reagir, isto é, se lhes restará impugnar a medida de resolução como um todo ou se podem impugnar apenas este juízo. Atendendo ao facto de estarmos perante um artigo que prevê uma “sanção” imposta a estas pessoas (pense-se, por exemplo, no caso de alienação da totalidade do ativo e passivo, em que só os direitos de créditos destes sujeitos não serão alvo de transmissão), importaria talvez que se tivesse densificado com mais rigor exatamente em que consiste este estar, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras.

3.2 TRANSFERÊNCIA PARCIAL OU TOTAL DA ATIVIDADE PARA INSTITUIÇÕES DE TRANSIÇÃO

A constituição de uma chamada *bridge institution* está prevista no artigo 145º-0 e permite ao Banco de Portugal transferir a atividade (ou parte desta) da instituição objeto de resolução para a instituição de transição, tendo em vista a posterior alienação desta instituição criada, quando as condições de mercado se mostrarem mais favoráveis, em regra no prazo máximo de dois anos, ainda que este possa vir a ser prorrogado por períodos de um ano. A instituição de transição visa assegurar a continuidade da atividade transferida e deve ser administrada na ótica de valorização do negócio desenvolvido para a posterior alienação (145º-0/4), mas deve, nos termos do artigo 145º-0/11, obedecer a “critérios de gestão que assegurem a manutenção de baixos níveis de risco”. Nos termos do artigo 145º-P/3, a realização do capital social da instituição de transição cabe, total ou parcialmente, ao Fundo de Resolução.

O artigo 145º-P determina que à instituição criada são aplicadas as mesmas normas que às instituições de crédito ou empresas de investimento, consoante a entidade objeto de resolução. Contudo, o mesmo artigo possibilita a dispensa do cumprimento dos requisitos prudenciais quando o Banco de Portugal seja autoridade competente e o requerimento para esta dispensa quando a autoridade seja o Banco Central Europeu, e

prevê que a atividade da instituição possa ter início sem que sejam observados os procedimentos formais típicos, nomeadamente quanto ao registo comercial, desde que estes venham a ser cumpridos “no mais breve prazo possível”.

O artigo 145ºQ, no seu número 4, contém, aparentemente, uma disposição idêntica ao 145ºN/3/c sobre a possibilidade do Banco de Portugal determinar a devolução de elementos transferidos ou da titularidade de títulos representativos do capital social. Existem, porém, algumas diferenças: o artigo 145ºQ/5 só permite a devolução referida se esta estiver expressamente prevista na decisão de criação da instituição de transição, se as condições de transferência aí previstas não se verificarem ou se os direitos, obrigações, ações e títulos determinados não se enquadrarem nos critérios para a ocorrência da transferência previstos na decisão do Banco de Portugal.

Cabe ao Banco de Portugal determinar a cessação da atividade da instituição de transição criada, quando estiverem asseguradas as finalidades elencadas no artigo 145º-C ou quando se verificar uma das situações previstas no artigo 145º-R.

3.3 VEÍCULOS DE GESTÃO DE ATIVOS

Esta medida de resolução foi aditada em 2015 e permite, nas palavras de Eilís Ferran³⁶, “transferir os ativos problemáticos para um veículo de gestão de ativos para que possam ser geridos ao longo do tempo”. O artigo 145º-S refere que estes veículos são constituídos para receberem “ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição (...) com o objetivo de maximizar o seu valor com vista a uma posterior alienação ou liquidação”. Este mecanismo só deve ser aplicado em conjunto com outros para evitar distorções da concorrência³⁷. De facto, a separação destes elementos da instituição objeto de resolução (ou instituição de transição) pode revelar-se útil na recuperação ou valorização da mesma, particularmente porque lhe permite avaliações mais favoráveis³⁸. Para evitar eventuais efeitos anticoncorrenciais que desta situação possam advir, é natural que a Diretiva imponha algumas restrições à aplicação deste instrumento, entre nós consagradas no artigo 145º-T/2, nos termos do qual esta transferência de direitos e obrigações só pode ter lugar quando a alienação dos mesmos tivesse “efeitos adversos nos mercados financeiros”, a transferência fosse necessária ou

³⁶ FERRAN, Eilís, *European Banking Union: Imperfect But It Can Work*, ob. cit., p.11, tradução livre

³⁷ Ponto 66 da Diretiva 2014/59/EU

³⁸ BINDER, JENS-HINRICH, *Resolution: Concepts, Requirements and Tools* (2014), disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2499613, consultado pela última vez em 18.10.2015, p.

para a boa atividade da instituição de onde são provenientes ou para potenciar “as receitas resultantes da sua alienação”.

3.4 RECAPITALIZAÇÃO INTERNA

Esta medida também foi aditada pela Lei 23-A/2015 e é, segundo Jens-Hinrich Binder³⁹, a mais complexa e ambiciosa e deve ser aplicada aos casos em que seria previsível que nenhum dos outros mecanismos previstos cumpriria as finalidades da resolução, por se tratar, por exemplo, de uma instituição de grande dimensão, complexa e internacional. Nas palavras de Bart P. M. Joosen, “este mecanismo pretende assegurar que o dinheiro dos contribuintes não vai voltar a ser utilizado para resgatar bancos em desequilíbrio.”⁴⁰

Prevê o artigo 145º-U que este mecanismo é utilizado para “reforçar os fundos próprios de uma instituição de crédito” com o objetivo de que esta volte a conseguir obter financiamento autonomamente no mercado e a cumprir os requisitos para manter a autorização para a sua atividade. Este cenário de *open bank*, em que se pretende “que o banco permaneça em funcionamento, utilizando-se o dinheiro dos acionistas e credores para absorver as perdas”⁴¹, só pode ser utilizado quando seja previsível que a aplicação deste mecanismo permita alcançar as finalidades da resolução e a viabilidade a longo prazo da instituição. Para tal, o artigo prevê um leque de poderes, começando pela “redução do valor nominal dos créditos que constituam passivos da instituição de crédito objeto de resolução” e pelo “aumento do capital social por conversão dos créditos elegíveis mediante emissão de ações ordinárias ou títulos representativos do capital social”. Os créditos elegíveis são selecionados pelo Banco de Portugal, com respeito pelos limites impostos pelo artigo 145º-U/6. Está previsto o apoio financeiro prestado pelo Fundo de Resolução mas que só pode ocorrer mediante a verificação de determinadas condições (145.º-U/12 e 13).

A aplicação desta medida impõe a obrigação de o órgão de administração apresentar um plano de reorganização do negócio que inclua a análise dos fatores que levaram à situação de desequilíbrio, as medidas propostas para recuperar a viabilidade da instituição e o respetivo planeamento temporal de execução destas medidas. Este plano

³⁹ BINDER, Jens-Hinrich, *Resolution: Concepts, Requirements and Tools*, ob. cit., p. 25

⁴⁰ JOOSEN, Bart, *Bail In Mechanisms In The Bank Recovery And Resolution Directive* (2014), disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2511886&download=yes, consultado pela última vez em 18.10.2015, p. 14, tradução livre

⁴¹ GALRÃO, Sara Santos, *O Novo Regime Comunitário De Gestão De Crises Bancárias – Uma Análise Dos Mecanismos De Recuperação E Resolução De Instituições Financeiras*, ob. cit., p. 32

deve assentar em “pressupostos realistas”⁴² e é aprovado pelo Banco de Portugal, a quem deve a administração da instituição apresentar regularmente um relatório sobre a execução do plano.

Cabe ao Banco de Portugal determinar um “requisito mínimo de fundos próprios e créditos elegíveis em percentagem do total dos passivos e dos fundos próprios da instituição de crédito”, observando, entre outros, os critérios expostos no artigo 145º-Y/6, particularmente, “a necessidade de assegurar que podem ser aplicadas medidas de resolução à instituição de crédito, nomeadamente a medida de recapitalização interna”.

A recapitalização interna é uma medida que assume particular importância por procurar combater o risco moral associado aos resgates públicos de bancos que, além de terem um impacto significativo nas contas públicas, podem estar na origem da perceção de que, independentemente das circunstâncias que geraram o desequilíbrio de uma instituição, serão utilizados recursos públicos para a recuperar, com o objetivo de evitar o impacto negativo que a sua queda teria. Este risco moral agrava-se com a perceção de que determinadas instituições, por serem consideradas “too big to fail” teriam estes recursos públicos à disposição, podendo assim tomar mais levemente decisões de gestão que arriscariam o equilíbrio da instituição em causa⁴³. As vantagens desta medida são evidentes, uma vez que permite salvaguardar fundos públicos de serem aplicados para corrigir o desequilíbrio de uma instituição financeira e também porque, à luz do exposto na Diretiva 2014/59/EU, este mecanismo pode servir de incentivo para os acionistas e credores de uma instituição acompanharem a saúde da mesma, uma vez que a aplicação desta medida garante que estes sujeitos suportam as perdas.⁴⁴

Contudo, esta medida levanta alguns problemas⁴⁵, nomeadamente quanto às “condições de resolução” que são exigidas, como a perspectiva de viabilidade da instituição a longo prazo que pode, inclusive, ser difícil de avaliar no curto período de tempo disponível antes da aplicação da medida de resolução. Ademais, este mecanismo pode pôr em causa a confiança na segurança dos depósitos, não só na instituição objeto de

⁴² A elaboração do plano de reorganização do negócio está regulada no artigo 145.º-W e é o número 2 deste artigo que menciona os “pressupostos realistas”

⁴³ VAZ, José Alberto Reis, *A crise bancária de Chipre e o Bail-in: Estudo De Caso, Com Recurso Ao Mercado De Credit Default Swaps Um Ano Depois* (2015), disponível em <http://biblioteca.catalogo.porto.ucp.pt/docbweb/download.asp?file=multimedia/associa/pdf/tmjv.pdf>, consultado pela última vez em 8.12.2015, p. 20

⁴⁴ Ponto 67 da Diretiva 2014/59/EU

⁴⁵ BINDER, Jens-Hinrich, *Resolution: Concepts, Requirements and Tools*, ob. cit., p. 27

resolução, mas também em relação a outras instituições semelhantes, o que pode ter impactos sérios em todo o sistema.

4. FUNDO DE RESOLUÇÃO

Não gostaríamos de terminar a nossa exposição sem antes dar nota do que é, exatamente, o Fundo de Resolução a que nos temos estado a referir. Regulado nos artigos 153º-B ss. do RGIC, este fundo é uma pessoa coletiva de direito público que tem como objeto, nos termos do artigo 153º-C, “prestar apoio financeiro à aplicação de medidas de resolução adotadas pelo Banco de Portugal, nos termos do disposto no artigo 145.º-AB, e desempenhar todas as demais funções que lhe sejam conferidas pela lei no âmbito da execução de tais medidas.” As instituições que participam obrigatoriamente no fundo vêm previstas no artigo 153º-D. O artigo 153.º-F prevê ainda a proveniência dos recursos financeiros do Fundo de Resolução. As duas fontes que destacaríamos, porém, são as das alíneas b) e c), por consistirem em contribuições das instituições participantes, em montantes que se encontram fixados pelo BdP. De referir, por fim, que nos termos do artigo 153º-J, o Estado pode prestar apoio financeiro ao Fundo, nomeadamente através de empréstimos ou garantias. Foi, com efeito, o que aconteceu na resolução do Banco Espírito Santo.

5. CONCLUSÃO

Terminada que está a nossa exposição, impõe-se que encerremos com uma breve conclusão. Diríamos que o presente trabalho não pretende, nem poderia pretender, ser uma descrição exaustiva do regime nacional de resolução bancária. De facto, sabemos que a análise detalhada deste regime implicaria uma escarpelização de aspetos como o regime de resolução em grupos transfronteiriços ou a análise de outros “poderes de resolução” além das quatro medidas analisadas. Isto dito, porém, e tendo analisado o regime nacional de resolução, importaria dar boa nota do esforço de melhoramento que entendemos ter sido feito desde 2012. No que à salvaguarda da posição dos acionistas e credores diz respeito, pensamos que a evolução feita permitiu fazer cessar algumas críticas que eram dirigidas ao regime inicial. Porém, cremos que se justificaria ir mais longe nesta proteção. Com efeito, e pensando no único caso que conhecemos, em termos nacionais, de resolução bancária, é facilmente constatável que, mais de um ano volvido sobre a resolução, a situação dos acionistas e credores que permaneceram no “*bad bank*” ainda se apresenta indefinida. De facto, contrariamente ao que seria expectável (a revogação da licença bancária e entrada em liquidação), continuamos a assistir à existência de uma instituição

que, tendo sido expurgada da atividade bancária que justificou a existência de interesse público na resolução, se encontra “tomada” por administradores nomeados pelo BdP, privando os acionistas de controlarem o que é deles, em propriedade, sem que se perceba qual o interesse público subjacente, e muito menos qual a relevância prática dada ao princípio da proporcionalidade. Este fator, aliás, é indissociável de um outro, o da sindicabilidade das decisões do Banco de Portugal. A autoridade de resolução, que nos surge a um tempo como entidade de regulação, de supervisão, e de resolução, e a quem incumbe decidir, em absoluto, sobre todos os aspetos, está apenas limitada por avaliações obrigatórias orientadas por critérios algo vagos, acabando por não estar sujeita, em nossa opinião, a uma sindicabilidade junto dos tribunais proporcional aos poderes que tem. Veja-se o que a este respeito se disse quando à anulação de atos por si praticados. Note-se, aliás, que este recurso judicial tenderá a tornar-se ainda mais difícil, em situações de resolução, com a criação do MUR e com a transferência da instância de controlo judicial para o Tribunal de Justiça.

Por outro lado, também o regime previsto para os acionistas com participações referentes a mais de 2% do capital social nos deixa apreensivos. De facto, temos algumas dúvidas sobre se o mecanismo de resolução, orientado por objetivos de interesse público, será o instrumento adequado para discutir “culpa por ação ou omissão” na situação financeira da instituição, juntando a este instrumento uma vertente sancionatória.

São estes, no fundo, os principais aspetos que entendemos deverem ser melhorados. Não obstante, e embora estas sejam críticas que podem ser dirigidas ao atual regime, não podemos deixar de transmitir uma imagem positiva, na generalidade, face à forma como a União Europeia tem vindo a colmatar as suas insuficiências, muito bem identificadas por De Larosière, tendo sempre presente as diferentes realidades económicas, no que à dimensão da atividade bancária diz respeito, que convivem no seio dos 28 Estados-Membros. Deu-se, estamos confiantes, um passo decisivo no sentido da União Bancária Europeia!

6. BIBLIOGRAFIA

- BASTO, Inês Caria Pinto, CARVALHO, Mafalda Almeida, “O Novo Regime De Intervenção Corretiva, Administração Provisória, Resolução E Liquidação De Instituições De Crédito”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 33 (2012)
- BINDER, Jens-Hinrich, “Resolution: Concepts, Requirements and Tools” (2014), disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2499613, consultado pela última vez em 18.10.2015
- CÂMARA, Paulo, MAGALHÃES, Manuel, O Novo Direito Bancário, Coimbra (2012)
- COMISSÃO EUROPEIA, Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee, The European Court Of Justice And The European Central Bank, COM (2009) 561/4, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/091020_communication_en.pdf, consultado pela última vez em 27/11/2015
- COSTA, Tiago Manuel de Sousa Freitas e, Da Nova Arquitectura de Supervisão Bancária - Considerações a Propósito da Medida de Resolução (2015), disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/28700/1/Da%20nova%20arquitectura%20de%20supervisao%20bancaria.pdf>, consultado pela última vez em 10.10.2015
- EUROCID, União Bancária, disponível em http://www.euroid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=8417, consultado pela última vez em 24/11/2015
- FERRAN, Eilís, European Banking Union: Imperfect, But It Can Work (2014), disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426247&rec=1&srcabs=2384594&alg=1&pos=2, consultado pela última vez em 18.10.2015
- GALRÃO, Sara Santos, O Novo Regime Comunitário De Gestão De Crises Bancárias - Uma Análise Dos Mecanismos De Recuperação E Resolução De Instituições Financeiras – (2013), disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15622/1/Tese%20-%20Novo%20Regime%20Comunit%C3%A1rio%20de%20Gest%C3%A3o%20de%20Crises%20Banc%C3%A1rias%20-%20Sara%20Galr%C3%A3o.pdf>, consultado pela última vez em 10.10.2015

- JOOSEN, Bart, Bail In Mechanisms In The Bank Recovery And Resolution Directive (2014), disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2511886&download=yes, consultado pela última vez em 18.10.2015
- MONCADA, Luís Cabral de, Os Poderes De Resolução Do Banco De Portugal E O Banco Espírito Santo (2015)
- PWC, EU Bank Recovery and Resolution Directive “Triumph or tragedy?”, January (2014), disponível em <https://www.pwc.com/gx/en/banking-capital-markets/assets/pwc-eu-bank-recovery-and-resolution-directive-triumph-or-tragedy.pdf>, consultado pela última vez em 10.10.2015
- THOLE, Christoph, Bank Crisis Management and Resolution – Core Features of the Bank Recovery and Resolution Directive (2014), disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2469807, consultado pela última vez em 18.10.2015
- VAZ, José Alberto Reis, A crise bancária de Chipre e o Bail-in: Estudo De Caso, Com Recurso Ao Mercado De Credit Default Swaps Um Ano Depois (2015), disponível em <http://biblioteca.catalogo.porto.ucp.pt/docbweb/download.asp?file=multimedia/associa/pdf/tmjv.pdf>, consultado pela última vez em 8.12.2015