

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

# Supervisão e Regulação Bancária

JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E FISCAL

NOVEMBRO 2020

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



**Diretor do CEJ**

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

**Diretores Adjuntos**

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

**Coordenador do Departamento da Formação**

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

**Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais**

Helena Leitão, Procuradora da República

**Grafismo**

Ana Caçapo - CEJ


**Capa**

Edifício do CEJ

**Foto**

Victor Pimenta - CEJ





O funcionamento saudável da economia dos países depende cada vez mais da actividade de supervisão bancária, do modelo que adopta e da sua prática.

Quando surgem os problemas, os Tribunais são chamados a intervir e quando os problemas atingem pontos de ruptura, por vezes é necessário tomar medidas como a resolução bancária e os Tribunais voltam a ser chamados a intervir...

O sistema judicial no seu todo acaba por ser interpelado, da jurisdição penal, à civil, à administrativa.

É neste contexto que a Jurisdição Administrativa do Centro de Estudos Judiciários organizou, no âmbito dos Temas de Direito Administrativo de 2019, uma formação sobre estas matérias.

Feita a reflexão, pode agora surgir o e-book que contém os textos e as gravações das intervenções que nela tiveram lugar.

Não há como fugir à controvérsia, mas não há como não pensar sobre ela e reflectir sobre linhas de pensamento possíveis para chegar a conclusões.

É mais um contributo que fica para quem lida com estas matérias.

(ETL)

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



## Ficha Técnica

**Nome:**

Supervisão e Regulação Bancária

**Jurisdição Administrativa e Fiscal:**

Fernando Duarte – Juiz Desembargador, Docente do CEJ e Coordenador da Jurisdição \*

Margarida Reis – Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição\*\*

Marta Cavaleira – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ

Ana Carla Duarte Palma – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ

Tiago Brandão de Pinho – Juiz de Direito e Docente do CEJ

Filipe Duarte Neves – Juiz de Direito e Docente do CEJ\*

**Coleção:**

Formação Contínua

**Plano de Formação 2017/2018:**

Temas de Direito Administrativo – 27 de abril, 4 de maio, 8 e 15 de junho de 2018 ([programa](#))

**Conceção e organização:**

Ana Carla Duarte Palma

Marta Cavaleira

Fernando Duarte

**Intervenientes:**

Paulo Câmara – Professor da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade de Católica, Advogado

Vasco Freitas da Costa – Advogado

**Revisão final:**

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

---

\* A partir de 01/09/2020.

\*\* Até 30/08/2020.

## **Notas:**

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

## **Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):**

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.  
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

### **Exemplo:**

**Direito Bancário** [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito\\_Bancario.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf).

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

| <b>Identificação da versão</b> | <b>Data de atualização</b> |
|--------------------------------|----------------------------|
| 1.ª edição –09/11/2020         |                            |
|                                |                            |

# Supervisão e Regulação Bancária

## Índice

|   |    |
|---|----|
| <b>1. Supervisão Bancária</b>                     | 9  |
| Paulo Câmara                                      |    |
| <b>2. Resolução bancária e tutela contenciosa</b> | 93 |
| Vasco Freitas da Costa                            |    |

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

**1.**

# **Supervisão Bancária**

**Paulo Câmara**





C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 1. SUPERVISÃO BANCÁRIA

Paulo Câmara\*

### *Parte I. Desenvolvimentos europeus*

#### § 1.º Enquadramento geral

1. O dilúvio regulatório e a renovada exigência na eficácia da supervisão

#### § 2.º Desenvolvimentos materiais: novos instrumentos e ampliação do âmbito da supervisão

2. Supervisão baseada no risco

3. Colégios de supervisores e mediação

4. Os *stress tests*

5. Os *living wills*

6. A expansão do âmbito da supervisão

#### § 3.º Desenvolvimentos institucionais: a União Bancária Europeia

7. A subsistência do Sistema Europeu de Supervisores Financeiros

8. O Mecanismo Único de Supervisão: âmbito e objetivos

9. O Mecanismo Único de Supervisão: supervisão única, regulação múltipla

10. A divisão entre competências prudenciais e comportamentais

11. Uma arquitetura institucional complexa

12. Problemas colocados pelo âmbito material e geográfico

13. Balanço

### *Parte II. Desenvolvimentos nacionais*

#### § 4.º O sistema institucional nacional no pós-crise

14. Cooperação interinstitucional e CNSF

15. Oportunidade e necessidade de reavaliação do modelo institucional

Apresentação *Power Point*

Vídeos

### *Parte I. Desenvolvimentos europeus*

#### § 1.º Enquadramento geral

#### 1. O dilúvio regulatório e a renovada exigência na eficácia da supervisão

I – A supervisão bancária tem atravessado uma intensa evolução na última década, seja em termos europeus, seja em termos nacionais<sup>1</sup>.

A explicação para este fenómeno pode apresentar-se por apelo à caracterização da complexidade desta atividade administrativa de fiscalização e acompanhamento (prévio e a

\* Professor da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade de Católica, Advogado.

<sup>1</sup> Listam-se abaixo as principais abreviaturas e siglas utilizadas:

BCE - Banco Central Europeu;

BRRD - Banking Recovery and Resolution Directive (Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 maio de 2014 sobre Recuperação e Resolução de Instituições de Crédito);

CEBS - Committee of European Banking Supervisors;

CRD IV - Capital Requirements Directive IV (Diretiva 2013/36/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013);

CRR - Capital Requirements Regulation (Regulamento (UE) n.º 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013);

EBA - European Banking Authority;

RGIC - Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

*posteriori*) de instituições financeiras, seus dirigentes e acionistas qualificados. Enquanto sistema complexo, a supervisão revela conectividade em relação a diversos fatores<sup>2</sup>. A um tempo, o exercício da supervisão é condicionado pelo comportamento das pessoas singulares e coletivas supervisionadas. A outro tempo, na sociedade moderna, a supervisão é também afetada pelas apreciações de outros *stakeholders* – sejam instituições públicas, associações representativas da indústria e dos consumidores, e o público em geral. Por fim, em resultado da interação dos fatores precedentes, a supervisão sofre influência dos desenvolvimentos regulatórios.

Esta tripla conectividade encontra ilustrações diretas nos ajustamentos à supervisão bancária decorridos após a crise financeira.

Como é comumente reconhecido, a crise financeira iniciada em 2008 expôs deficiências na estrutura de capital, no cumprimento dos deveres de conduta e no governo societário de múltiplas instituições de crédito<sup>3</sup>. A elevada quantidade de instituições de crédito a atravessar dificuldades financeiras graves ou processos falimentares suscitou e continua a suscitar discussões amplas sobre a eficácia das autoridades de supervisão bancárias, sobre a adequação do respetivo nível de proatividade e sobre a suficiência dos instrumentos de supervisão ao seu dispor.

Em resultado desta constelação de fatores, que aqui apenas se enuncia muito sinteticamente, do ponto de vista regulatório, a supervisão bancária tem vindo a ser afetada por duas frentes. De um lado, tem-se feito sentir uma intensificação do processo de *harmonização legislativa* na União Europeia – a implicar sobretudo uma reformulação profunda do direito prudencial europeu, em execução e desenvolvimento das orientações de Basileia III<sup>4</sup>. De outro lado, estão em curso diversas *alterações na estrutura institucional* da supervisão bancária, no âmbito do processo de constituição da União Bancária Europeia.

## **II – A intensificação da harmonização legislativa bancária assenta em diversos diplomas legislativos.**

As modificações ao enquadramento prudencial têm como principais fontes a Diretiva 2013/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013 (correntemente designada por CRD IV) e o Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013 (*Capital Requirements Regulation* ou CRR). Estes diplomas,

<sup>2</sup> Em geral: Ludwig von Bertalanffy, *General System Theory: Foundations, developments, applications*, New York (2013), 17-44.

<sup>3</sup> Eilís Ferran/Niamh Moloney/Jennifer Hill/John Coffee Jr., *The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis*, Cambridge (2012); Viral V. Acharya/Mathew Richardson, *Restoring Financial Stability: How to Repair a Failed System*, Hoboken (2009); Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*<sup>5</sup>, Coimbra (2014), 131-180; Paulo Câmara, «Medidas regulatórias adoptadas em resposta à crise financeira: um exame crítico», em *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. IX (2009); *Idem*, «Las medidas adoptadas en Portugal en respuesta a la crisis financiera», *Revista de Derecho de Mercado de Valores*, n.º 4 (2008), 543-556; *Idem*, «Portugal: Restoring confidence», *IFLR Financial Crisis Guide* (Oct. 2009), 42-45; *Idem*, *Crise financeira e regulação*, ROA III-IV (2009), 697-728.

<sup>4</sup> Manuel Magalhães, «A evolução do direito prudencial bancário no pós-crise: Basileia III e CRD IV», em Paulo Câmara/Manuel Magalhães (coord.), *O Novo Direito Bancário* (2011), 285-371.

por seu turno, serão objeto de múltiplos complementos através de orientações técnicas da EBA e de instrumentos de *soft law*.

No plano institucional, deve ter-se presente ainda os seguintes diplomas:

- Regulamento do Conselho n.º 1024/2013, de 15 de outubro de 2013 (Regulamento do Mecanismo Único de Supervisão);
- Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014, que estabelece o quadro de cooperação, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, entre o BCE e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão);
- Regulamento (UE) n.º 1022/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, sobre a adaptação do estatuto da EBA ao Mecanismo Único de Supervisão;
- Regulamento (UE) n.º 806/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014, sobre o Mecanismo Único de Resolução;
- Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, sobre Recuperação e Resolução de Instituições de Crédito: já modificada através da Diretiva (UE) 2017/2399, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2017;
- Diretiva 2014/49/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, sobre sistema de garantia de depósitos; e a
- Lei n.º 69/2017, de 11 de agosto, relativa aos fundos de recuperação de créditos.

No centro do sistema de fontes mantém-se o Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras (RGIC), cuja versão mais recente incorpora já as alterações decorrentes da transposição da Diretiva DMIF II (Diretiva 2014/65/UE)<sup>5</sup>.

### **III – O quadro de evolução normativa que descrevemos impõe uma mudança aguda de paradigma da supervisão bancária.**

É patente, de um lado, uma aceleração da produção legislativa europeia em temas centrais para a supervisão. Ao representar um conjunto de respostas normativas a problemas diagnosticados na crise financeira internacional, este caudal de diplomas consubstancia o que designo, por inspiração no conhecido episódio bíblico<sup>6</sup>, um verdadeiro «dilúvio regulatório».

O dilúvio regulatório atrás descrito tem um efeito conjugado, determinando uma elevada pressão em relação às instituições de crédito e às autoridades de supervisão. Em relação àquelas, as alterações regulatórias determinam modificações profundas do ponto de vista da estrutura de capital e da organização, sobretudo na área do *Compliance*.

<sup>5</sup> Estas alterações ao RGIC decorrem da Lei n.º 35/2018, de 20 de julho. Sobre a DMIF II, em geral, reenvia-se para Paulo Câmara, «DMIF II: A nova pedra angular do direito dos mercados financeiros», em Paulo Câmara (coord.), *O Novo Direito dos Valores Mobiliários* (2017), 199-215.

<sup>6</sup> Génesis 7:11-12.

Do lado das autoridades de supervisão, a atuação pode revelar-se preventiva ou repressiva<sup>7</sup>; nessa alternativa, é decisivo conceder prioridade a uma atuação que assegure preventivamente um nível de cumprimento das normas que afetam as instituições de crédito. Decorre daqui uma exigência crescente de especialização e de apetrechamento de meios humanos, tecnológicos e analíticos.

As autoridades bancárias, por seu turno, devem conduzir um processo contínuo e exigente de recolha de informação das instituições de crédito. O cumprimento de tais requisitos é fundamental para que as autoridades de supervisão alcancem um conhecimento profundo das instituições supervisionadas e dos riscos em que estas incorrem. Recentemente, o administrador do Banco de Portugal com a responsabilidade pela supervisão prudencial, António Varela, definia lapidarmente este objetivo da supervisão como *a capacidade de estabelecer e manter comunicação de qualidade com as instituições, com o mercado e com os outros supervisores financeiros, para melhor conhecer as pessoas, as estratégias, os negócios, melhor adaptar os mecanismos de reporte e melhor acompanhar riscos, minimizando cargas burocráticas*<sup>8</sup>. Note-se que este dever de conhecimento da instituição de crédito supervisionada envolve o dever de recolha de informação atualizada sobre: os membros dos órgãos sociais e outros dirigentes influentes; o sistema de controlo interno, os respetivos responsáveis, os procedimentos utilizados e a sua eficácia; as práticas e procedimentos do governo societário, a sua efetividade e eficácia<sup>9</sup>; a estrutura acionista e a estrutura de grupo envolvente a montante e a jusante.

Correlativamente, eleva-se a fasquia de expectativas por parte dos aforradores e dos demais *stakeholders* em relação ao exercício da supervisão<sup>10</sup>. Impõe-se, além disso, maior celeridade de resposta e proatividade na sua atuação.

**IV – As alterações legislativas e institucionais condicionam-se reciprocamente, tendo como pano de fundo o processo de constituição da União Bancária Europeia, nas suas diversas etapas.** No seu todo, estas modificações provocaram:

- Uma renovação dos instrumentos de supervisão<sup>11</sup>;
- Um alargamento do âmbito da supervisão<sup>12</sup>; e
- Modificações significativas à estrutura institucional envolvente<sup>13</sup>.

O presente artigo é dedicado a examinar cada uma destas três vertentes.

<sup>7</sup> Jens-Heinrich Binder, «Auf dem Weg zu einer europäischen Bankenunion? Erreichtes, Unerreichtes, offene Fragen», *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, vol. 25, 5 (2013), 299-303.

<sup>8</sup> António Varela, «Discurso na tomada de posse como administrador do Banco de Portugal» (11-set.-2014), em <http://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/IntervencoesPublicas/Paginas/intervpub20140910.aspx>.

<sup>9</sup> Paulo Câmara, «O governo societário dos bancos - em especial as novas regras e recomendações sobre remuneração na banca», *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1 (2012), 9-46.

<sup>10</sup> Niamh Moloney, «Supervision in the wake of the financial crisis», em Eddy Wymeersch/Klaus Hopt/Guido Ferrarini, *Financial Regulation and Supervision: a Post-Crisis Analysis*, Oxford (2012), 71-110 (75).

<sup>11</sup> Cf. *infra*, § 2.º

<sup>12</sup> Cf. *infra*, 6.

<sup>13</sup> Cf. *infra*, § 3.º



## § 2.º Desenvolvimentos materiais: novos instrumentos de supervisão e ampliação do respetivo âmbito

### 2. A supervisão baseada no risco

I – Na reconstituição dos mais proeminentes instrumentos de supervisão, importa começar por referir que as últimas duas décadas têm testemunhado a aplicação generalizada de uma política de supervisão baseada no risco.

Por supervisão baseada no risco entende-se a orientação transversal de alinhamento da intensidade e calendarização do exercício de supervisão ao perfil de risco das instituições supervisionadas, de modo a atingir maior eficácia e eficiência.

O perfil de risco de cada instituição contribui para definir as prioridades de supervisão por parte de cada autoridade e para determinar o programa de supervisão (*off-site* e *on-site*) a aplicar<sup>14</sup>.

II – Subjaz a esta política a aplicação de técnicas multidimensionais de mensuração do risco inerente a cada instituição – análise da informação financeira, *stress tests*, exames ao governo societário e à estrutura do grupo, análise de adequação de membros dos órgãos sociais, entre outros.

A aplicação destas técnicas deve ser revista periodicamente e alimentada por um fluxo contínuo de informação relevante, de modo a apurar de modo dinâmico e atualizado o perfil de risco de cada instituição<sup>15</sup>.

Por seu turno, as ações presenciais de supervisão constituem momentos críticos na determinação do risco de cada instituição supervisionada. Devem realizar-se periodicamente. Deste modo, a avaliação do risco de cada instituição e a execução do plano de supervisão interagem recíproca e continuamente.

III – Deve notar-se que a aplicação desta técnica revela maiores dificuldades em relação a grupos bancários internacionais, nos quais os riscos são de proveniência geográfica múltipla. Tal reclama uma coordenação redobradamente apurada entre supervisores, nomeadamente através dos colégios de supervisores.

### 3. Colégios de supervisores e mediação

I – Os colégios de supervisores são estruturas de coordenação da supervisão de grupos bancários internacionais por diversas autoridades de supervisão<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Financial Services Authority, *Risk based approach to supervision of banks*, London (1998).

<sup>15</sup> K. C. Chakrabaty, *Strengthening the supervision of banks through risk based supervision*, Mumbai (2013).

<sup>16</sup> Cf. nomeadamente o artigo 377.º-B, n.º 9, alínea b), do CVM.

Originariamente, o funcionamento destes colégios assentava exclusivamente nas Orientações emitidas pelo CEBS (antecessor da EBA) em 2010<sup>17</sup>. Com a entrada em vigor da CRD IV, passaram a vigorar normas injuntivas nesta matéria<sup>18</sup>, com destaque para o Regulamento Delegado (UE) 2016/98, de 16 de outubro de 2015.

II – Estas estruturas servem finalidades múltiplas: troca de informações entre autoridades; planeamento de ações de supervisão conjuntas; viabilização de decisões conjuntas; e a discussão de planos de saneamento referentes aos grupos<sup>19</sup>. Todavia, a maior limitação destas estruturas prende-se com a falta de poderes para impor uma coordenação efetiva<sup>20</sup>, do que resulta a sua falibilidade em contexto de crises bancárias.

A possibilidade de se atingir consensos, porém, fica facilitada no enquadramento legislativo atual por três vias. De um lado, é possível recorrer à mediação para ultrapassar divergências entre autoridades de supervisão – estando ao alcance da EBA a possibilidade de impor a sua posição, caso a mediação não surta efeito. Além disso, o líder do colégio – a autoridade consolidante – pode impor decisões em matéria de fundos próprios do grupo e de requisitos específicos de liquidez<sup>21</sup>. São ainda previstas formas concertadas de atuação em caso de emergência, com possível supremacia da posição da autoridade competente da instituição consolidante<sup>22</sup>. Por último, à EBA é assinalada em geral uma função de promoção da eficiência, da eficácia e coerência de funcionamento dos colégios de supervisores<sup>23</sup>.

III – Ao lado dos colégios de supervisores, anotam-se outras técnicas recentes de cooperação entre autoridades de supervisão.

Refira-se a propósito a mediação pela EBA. O Regulamento (UE) n.º 1093/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, sobre o estatuto da EBA faculta um processo de resolução de diferendos entre autoridades competentes em situações internacionais. Além disso, é prevista a intervenção do Comité Conjunto para resolver os diferendos a nível intersetorial que possam ocorrer entre autoridades competentes<sup>24</sup>.

O Mecanismo Único de Supervisão também pressupõe um Painel de Mediação para resolver diferenças de opiniões sobre propostas de decisões do Conselho de Supervisão. O painel dirime as divergências expressas pelas autoridades competentes dos Estados-Membros participantes no tocante a objeções formuladas pelo Conselho de Governadores do BCE a um projeto de decisão do Conselho de Supervisão<sup>25</sup>.

<sup>17</sup> CEBS, *Guidelines for the operational functioning of colleges*, GL 34 (2010).

<sup>18</sup> Artigos 51.º, n.ºs 3-5, 116.º e 158.º, n.ºs 5-7 da Diretiva 2013/36/UE.

<sup>19</sup> Artigos 5.º-8.º do Regulamento Delegado (UE) 2016/98, de 16 de outubro de 2015.

<sup>20</sup> Guido Ferrarini/Luigi Chiarella, *Common Banking Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses* (2013), 25; Eddy Wymeersch, *The Single Supervisory Mechanism or 'SSM', Part One of the Banking Union*, European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 240/2014 (2014), 15.

<sup>21</sup> Artigo 113.º da Diretiva 2013/36/UE.

<sup>22</sup> Artigos 19.º-21.º do Regulamento Delegado (UE) 2016/98, de 16 de outubro de 2015.

<sup>23</sup> Artigo 116.º, n.º 1, da Diretiva 2013/36/UE.

<sup>24</sup> Artigos 19.º e 20.º do Regulamento (UE) n.º 1093/2010.

<sup>25</sup> Artigo 25.º, n.º 5, do Regulamento do Conselho n.º 1024/2013, de 15 de outubro de 2013.

Importa reter que estes dispositivos servem para reforçar os mecanismos de cooperação entre autoridades de supervisão, em direção a modelos de decisão mais ágeis e eficazes.

#### 4. Os testes de esforço (*stress tests*)

I – Os testes de esforço (*stress tests*) consubstanciam igualmente ferramentas importantes da supervisão prudencial e servem de modo central a concretização aplicativa da supervisão baseada no risco<sup>26</sup>. Primeiramente desenhados nos EUA – alegadamente por inspiração de Tim Geithner<sup>27</sup>, enquanto Secretário de Estado do Tesouro –, hoje têm uma aplicação em todo o globo<sup>28</sup>.

Estes exercícios consistem em avaliações prospetivas que testam se as instituições têm um grau adequado de resiliência a circunstâncias económicas pessimistas ou condições de extrema emergência. São, por isso, definidos como *a risk management technique used to evaluate the potential effects on an institution's financial condition of a specific event and/or movement in a set of financial variables*<sup>29</sup>.

O relevo crescente atribuído a estas avaliações deu origem a um novo dever jurídico na esfera jurídica dos bancos, por vezes não suficientemente explícito: o *dever de realização dos testes de esforço* determinados pela autoridade competente [artigo 116.º-AD, n.º 1, do RGIC]. Assim encarados, estes testes configuram uma forma acrescida de gestão de risco, devendo centrar-se nos riscos mais relevantes (v. g. risco de mercado<sup>30</sup>, risco de liquidez<sup>31</sup> e riscos operacionais<sup>32</sup>). Os *stress tests* estão, além disso, sujeitos ao princípio de proporcionalidade, devendo ser concebidos tendo em consideração a natureza, nível e complexidade das atividades das instituições de crédito [artigo 116.º-A, n.º 1, alínea c), do RGIC]<sup>33</sup>.

Como é bem de ver, os *stress tests* aqui analisados têm por objeto a análise da resiliência da própria instituição financeira. A propósito, tem interesse mencionar uma figura próxima, relacionadas com os deveres de governação de produtos financeiros, que são os testes de cenário de produtos financeiros. Em causa está a realização de testes, em momento prévio ao da comercialização de um novo produto ou, estando em causa um produto financeiro já existente, ao início da sua comercialização junto de um novo público-alvo ou à eventual

<sup>26</sup> Artigos 116.º-A, n.º 1, alínea c), e 116.º-AC, n.º 2, alínea a), do RGIC.

<sup>27</sup> Esta origem é reclamada em Timothy Geithner, *Stress Test. Reflections on Financial Crises*, London (2014), 288-289.

<sup>28</sup> Basel Committee on Banking Supervision, *Principles for sound stress testing - practices and supervision* (2009); European Banking Authority, *Consultation Paper — Draft Guidelines on institution's stress testing*, EBA/CP/2017/17, (2017); Bank of England, *The Bank of England's approach to stress testing the UK banking system*, (2015); Ronald W. Anderson, *Stress Testing and Macroprudential Regulation — A Transatlantic Assessment*, CEPR, (2016).

<sup>29</sup> Bank for International Settlements/ Committee of the Global Financial System, *Stress testing by large financial institutions: survey results and practice* (2005).

<sup>30</sup> Artigo 116.º-B, n.º 1, alínea g), do RGIC.

<sup>31</sup> Artigo 115.º-U, n.º 5, alíneas g) e h), do RGIC.

<sup>32</sup> Artigo 116.º-O, n.º 1, alínea k), do RGIC.

<sup>33</sup> CEBS, *Technical Guidelines on Stress Testing under the Supervisory Review Process* (2006) substituídas mais recentemente pelas *Guidelines on Stress Testing* (2010). Encontram-se em preparação as novas orientações nesta matéria: cf. European Banking Authority, *Consultation Paper - Draft Guidelines on institution's stress testing*, EBA/CP/2017/17 (2017).

introdução de alterações significativas, que permitam avaliar em vários cenários, incluindo em cenários de esforço, a forma como o referido produto afetaria os interesses dos clientes<sup>34</sup>.

II – No âmbito da transição para o Mecanismo Único de Supervisão, os *stress tests* assumiram uma função preponderante na avaliação das instituições de crédito de maior dimensão. Vale referir, neste contexto, o Manual dos *stress tests* publicado pelo Banco Central Europeu em agosto de 2014<sup>35</sup>.

O Banco Central Europeu promoveu a assinatura de acordos de confidencialidade junto das instituições de crédito para prevenir a divulgação precoce dos resultados dos testes de resistência. Note-se, porém, que relativamente a instituições de crédito cotadas a divulgação dos resultados dos testes, assim que sejam definitivos, deve ser realizada em termos públicos, ao abrigo das regras do Regulamento Europeu de Abuso de Mercado [artigo 17.º do Regulamento (UE) 596/2014, de 14 de abril de 2014]<sup>36</sup>. A lei bancária, aliás, hoje clarifica diretamente que os resultados dos testes de esforço podem ser objeto de publicação, de acordo com o artigo 116.º-AD, n.º 2, do RGIC.

III – No escrutínio sobre a adequação da estrutura de capital de cada instituição de crédito, os testes de resistência revelam-se instrumentos decisivos de supervisão. Interessa notar, a este respeito, que estes exames revelam elevada complexidade e amplitude: reclamam, por isso, do lado da supervisão e das instituições supervisionadas, uma necessária afetação de recursos humanos para que possam ser realizados e avaliados com rigor e seriedade.

Por outro lado, a supervisão prudencial depara-se por vezes com perdas imprevisíveis das instituições, que não são detetadas nestes testes. Nesta medida, os *stress tests* não podem ser tidos como ferramentas únicas e absolutas mas antes como instrumentos complementares de supervisão.

## 5. Os *living wills*

I – Outro importante instrumento de supervisão a conquistar um relevo recente são os planos de recuperação e os planos de resolução de instituições de crédito, ambos na gíria designados por *living wills*. A génese destes instrumentos toma como ponto de referência o apelo pelo G-20, em 2009, no sentido de se generalizar a constituição de deveres de apresentação de planos de recuperação, em caso de insolvência bancária, em moldes harmonizados em termos

<sup>34</sup> Cf. nomeadamente o artigo 305.º-D, n.º 1, alínea b), subalínea ii), do CVM e o artigo 14.º do regime jurídico da conceção, comercialização e prestação de serviços de consultoria relativamente a depósitos estruturados (anexo I da Lei n.º 35/2018, de 20 de julho).

<sup>35</sup> European Central Bank, *Comprehensive Assessment Stress Test Manual* (August 2014), disponível em <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/castmanual201408en.pdf>.

<sup>36</sup> Em geral: Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 3.ª ed. (2016).

internacionais<sup>37</sup>. O *Financial Stability Board* confirmou, mais tarde, o relevo do planeamento dos procedimentos de recuperação e resolução e facultou orientações sobre os mesmos<sup>38</sup>.

Estes planos de recuperação e de resolução (*recovery plans, reorganization and liquidation plans, living wills*) destinam-se precisamente a facilitar respetivamente uma recuperação ou uma resolução rápida e ordeira de instituições de crédito afetadas. Note-se que este dever se aplica a todos os bancos, ainda que tenham resultados positivos e cumpram os níveis de solvabilidade exigidos. Sobreleva, nessa medida, uma finalidade preventiva a esta figura.

Este dever de elaboração de «testamentos bancários em vida» apenas recentemente começou a merecer consagração legislativa, nomeadamente no Reino Unido<sup>39</sup>, nos EUA<sup>40</sup> e em Portugal. As autoridades regulatórias bancárias assumem um papel decisivo na sua exata concretização.

III – Os atributos mais relevantes destes planos respeitam à sua adaptabilidade temporal e estrutural. Quanto à primeira, importa que o plano tenha uma capacidade de execução num horizonte temporal adequado; a adaptabilidade estrutural reporta-se, por seu turno, à respetiva efetividade e credibilidade<sup>41</sup>.

Um dos efeitos laterais que pode ser atingido com estes planos é o das consequências *ex ante*, a verificar-se antes da sua concretização – no sentido de procurar contribuir para a simplificação ou a redefinição da estrutura interna de cada instituição<sup>42</sup>.

IV – Em Portugal, os planos de recuperação encontram-se previstos nos artigos 116.º-D a 116.º-I do RGIC<sup>43</sup>, visando a correção oportuna de desequilíbrios financeiros ou de risco que tais desequilíbrios ocorram. De outro lado, os artigos 116.º-J a 116.º-N do RGIC regulam os planos de resolução, com o objetivo de prestação das informações necessárias para assegurar ao Banco de Portugal uma resolução ordenada e uma avaliação da resolubilidade da instituição, caso a pretendida recuperação não seja alcançada. Pese embora a especificidade do regime jurídico de cada plano (máxime: o plano de recuperação é da autoria da instituição, ao passo que o plano de resolução é preparado pelo Banco de Portugal), é importante adotar uma abordagem unitária em relação a estas figuras.

A lei indica alguns elementos mínimos a constar do conteúdo destes planos e comete ao Banco de Portugal a tarefa de regulamentação do tema<sup>44</sup>.

<sup>37</sup> Tal uma das conclusões da Cimeira de Pittsburgh de setembro de 2009, então dirigida a instituições financeiras relevantes em termos sistémicos: cf. a propósito [http://www.g20.org/Documents/pittsburgh\\_summit\\_leaders\\_statement\\_250909.pdf](http://www.g20.org/Documents/pittsburgh_summit_leaders_statement_250909.pdf), pg 9.

<sup>38</sup> Financial Stability Board, *Key attributes of effective resolution regimes for financial institutions* (October 2011), 16-18.

<sup>39</sup> Financial Services Act, 2010, c. 28 § 7.

<sup>40</sup> § 5365(d)(1) do *Wall Street Reform and Consumer Protection Act* e Regulation QQ, 76 Fed. Reg. 67323 (Nov. 1, 2011). Cf. a propósito Adam Feibelman, *Living Wills and Pre-Commitment*, *American University Business Law Review*, vol. 1, No. 1 (2011), disponível em <http://ssrn.com/abstract=1966573>.

<sup>41</sup> Nizan Geslevich Packin, *The Case Against the Dodd-Frank Act's Living Wills: Contingency Planning Following the Financial Crisis*, *Berkeley Business Law Journal* (2011), 13-15.

<sup>42</sup> Emílios Avgouleas/Charles Goodhart/Dirk Schoenmaker, *Living Wills as a Catalyst for Action*, *Duisenberg School of Finance*, Working Paper No. 4, 2010, disponível em <http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/10/10-09.pdf>.

<sup>43</sup> Sobre o tema, embora ante o regime pregresso: Rita Espírito Santo, *Living Wills: Planos de Recuperação e de Resolução*, dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, (2013).

<sup>44</sup> Artigos 116.º-D, n.º 11, e 116.º-J, n.º 4, do RGIC.



Frise-se que este regime incide sobre todas as instituições de crédito habilitadas a receber depósitos, o que constitui uma delimitação mais ampla do que a detetada nas orientações do FSB<sup>45</sup> e no regime norte-americano, em que o dever de apresentação de *living wills* é confinado às instituições com relevo sistémico (SIFI's: *systemically important financial institutions*). Porém, em Portugal, a lei admite que o Banco de Portugal sujeite a um regime simplificado as instituições de menor dimensão<sup>46</sup>.

O Banco de Portugal encontra-se também habilitado a exigir a remoção de eventuais constrangimentos à potencial aplicação de medidas de recuperação ou de resolução que venham a ser detetados nos planos de recuperação ou de resolução. O elenco de medidas possíveis a serem determinadas nessa eventualidade apresenta um grau elevado de intrusividade, ao incluir: a alteração da organização jurídico – societária da instituição ou do grupo em que se insere; a alteração da sua estrutura operacional ou do grupo em que se insere; a separação jurídica, ao nível do grupo em que se insere, entre as atividades financeiras e não financeiras; a segregação entre as atividades bancárias centrais e as restantes atividades das instituições de crédito; a restrição ou limitação das suas atividades, operações ou redes de balcões; a redução do risco inerente às suas atividades, produtos e sistemas; e a imposição de reportes adicionais. O princípio de proporcionalidade será, nos termos gerais (agora reforçados através dos artigos 116.º-E e 139.º, n.º 2, do RGIC<sup>47</sup>), aqui convocado para a adequada aplicação destas medidas.

V – O conteúdo dos planos é submetido a deveres de confidencialidade, ao abrigo das regras gerais (artigo 78.º do RGIC). O ponto suscita alguma discussão, havendo quem entenda que a divulgação do plano traria mais informação aos credores para avaliação do risco de cada instituição<sup>48</sup>. Mas o facto é que os planos de recuperação e de resolução envolvem diversa informação sensível, que não deve ser exposta ao público ou a empresas concorrentes<sup>49</sup>. Além disso, os planos envolvem opções delicadas quanto à seleção das áreas críticas para a continuidade da instituição, cuja revelação pode causar um profundo desconforto interno nas organizações visadas. Os deveres de segredo afiguram-se, assim, inteiramente justificados.

VI – Por fim, quanto à natureza das declarações contidas no plano, um elemento relevante refere-se ao grau de vinculatividade que lhe está associado. Em tese, as hipóteses são muito variadas, sendo totalmente diferente consoante o plano incorpore uma informação, uma previsão, um conselho ou um dever jurídico sujeito a condição<sup>50</sup>. A este propósito, o regime português dispõe que o Banco de Portugal não fica vinculado aos planos, nem pode a

<sup>45</sup> Financial Stability Board, *Key attributes of effective resolution regimes for financial institutions*, cit., 17.

<sup>46</sup> Artigo 116.º-E do RGIC.

<sup>47</sup> Outra consagração explícita do princípio de proporcionalidade consta do artigo 116.º-A, n.º 3, do RGIC.

<sup>48</sup> Nas palavras de um autor: *Requiring resolution plan transparency will make the plans credible to creditors, leading to better pricing of risk* (Ron Feldman, *Forcing Financial Institution Change Through Credible Recovery/Resolution Plans: An Alternative to Plan-Now/Implement-Later Living Wills*, in *Economic Policy Papers*, at 1 (2010), disponível em [http://www.minneapolisfed.org/pubs/eppapers/10-2/eppaper10-2\\_wills.pdf](http://www.minneapolisfed.org/pubs/eppapers/10-2/eppaper10-2_wills.pdf)).

<sup>49</sup> Nizan Geslevich Packin, *The Case Against the Dodd-Frank Act's Living Wills: Contingency Planning Following the Financial Crisis*, cit., 54-56.

<sup>50</sup> «If such plans are not expected to reflect a commitment to particular actions, the regime would represent a relatively minor operational change in regulatory approach, but one that could still have significant benefits as an information-forcing device» [Adam Feibelman, *Living Wills and Pre-Commitment*, *American University Business Law Review*, vol. 1, n.º 1 (2011), 94].

instituição de crédito ou terceiros exigirem a execução das medidas aí previstas<sup>51</sup>. Ao plano é, assim, atribuída uma natureza previsional, o que condiz com a sua designação terminológica e a sua revisão periódica<sup>52</sup> – o que deixa supor que o mesmo pode ter de merecer adaptações na sua concreta aplicação.

VII – A importância dos *living wills* não pode ser negligenciada. Não basta prever a sua existência; mostra-se também decisivo que as autoridades de supervisão sejam intransigentemente exigentes quanto ao seu conteúdo e à sua eficácia.

Refira-se, a este propósito, que em agosto de 2014 o *Federal Reserve* norte-americano e o *Federal Deposit Insurance Corporation* procederam a uma avaliação muito crítica dos *living wills* de alguns dos maiores bancos norte-americanos<sup>53</sup>. Entre as críticas formuladas, as autoridades norte-americanas diagnosticaram premissas irrealistas ou baseadas em dados insuficientemente documentados e apontaram a omissão de identificação das mudanças necessárias com vista a uma recuperação ou a uma resolução ordeira<sup>54</sup>. Os objetivos a prosseguir na alteração dos planos prendem-se nomeadamente com: a simplificação da estrutura jurídica de modo a facilitar uma eventual resolução; o desenvolvimento de estruturas de *holding* que se adaptem à resolução; garantia da continuidade de serviços partilhados que sejam críticos para o processo de resolução; demonstração de capacidades operacionais em caso de resolução, nomeadamente tendo em vista a necessidade de célere reconstituição e divulgação de informação<sup>55</sup>.

Este documento marca uma orientação de fundo que é irreversível<sup>56</sup>. O conteúdo destes planos deve ser tomado a sério e sujeito a um escrutínio severo, em benefício do sistema financeiro, das suas instituições financeiras, dos seus acionistas e dos seus aforradores. Se assim não suceder, a eficácia preventiva destes planos fica por cumprir, o que aumenta exponencialmente a possibilidade da ocorrência de medidas extremas – *inter alia*, medidas de resolução desordenada ou nacionalizações de instituições de crédito – que já conheceram aplicação no passado recente.

<sup>51</sup> Artigos 116.º-D, n.º 8, e 116.º-J, n.º 8, do RGIC.

<sup>52</sup> Reenvia-se para os artigos 116.º-D, n.º 5, 116.º-F, n.º 5, 116.º-G e 116.º-J, n.ºs 6 e 7, do RGIC, que também admite a revisão periódica, a revisão voluntária determinada por eventos que a justifiquem ou por solicitação do Banco de Portugal.

<sup>53</sup> O documento refere-se aos denominados *first-wave filers*, o que compreende as seguintes instituições de crédito: Bank of America, Bank of New York Mellon, Barclays, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, JPMorgan Chase, Morgan Stanley, State Street Corp. e UBS.

<sup>54</sup> «The plans submitted by the first-wave filers are not credible and do not facilitate an orderly resolution under the U.S. Bankruptcy Code»: Board of Governors of the Federal Reserve System, *Statement regarding the 2013 resolution plans filed by 11 large banking organizations*, disponível em <http://www.federalreserve.gov/newsevents/press/bcreg/bcreg20140805-statement.htm>

Sobre este documento, lamentando o seu caráter tardio, v. Sheila Bair, «No more bank bailouts» cannot be an empty slogan, FT (7-ag.-2014), 11.

<sup>55</sup> Remete-se, a propósito, para Federal Reserve, *Supervisory Letter SR 14-1 — Heightened Supervisory Expectations for Recovery and Resolution Preparedness for Certain Large Bank Holding Companies — Supplemental Guidance on Consolidated Supervision Framework for Large Financial Institutions* (24-jan.-2014), disponível em <http://www.federalreserve.gov/bankinfo/srletters/SR1401.htm>.

<sup>56</sup> No espaço norte-americano, tem ainda interesse consultar o *Model Template for a Tailored Resolution Plan* disponível em <http://www.federalreserve.gov/bankinfo/resolution-plans/2014-model-template.pdf>.

## 6. O alargamento do âmbito da supervisão

I – O desenvolvimento normativo acima descrito contribui diretamente para um alargamento do acervo de responsabilidades a cargo das autoridades de supervisão.

É interessante notar que o binómio supervisão-regulação, que tradicionalmente surge em termos indissociáveis, começa a ser claramente segregado e confiado a autoridades distintas. Como adiante se verá, com o Mecanismo Único de Supervisão consuma uma distinção a esse nível, ao implicar uma transferência de atribuições e competências supervisoras para o Banco Central Europeu que aplica o direito bancário de cada Estado-membro<sup>57</sup>. Além disso, nessa veste são limitados os poderes de regulação do BCE<sup>58</sup>. Acresce que a crescente harmonização legislativa bancária diminui o espaço regulador das autoridades de supervisão nacionais.

II – Por fim, revela-se igualmente uma expansão do âmbito da supervisão – na medida em que a ação fiscalizadora passa a incidir sobre novos temas. Refira-se, a título de ilustração, a supervisão agora exercida sobre o governo societário de bancos, sobre a adequação dos administradores<sup>59</sup>, sobre a adoção de medidas de intervenção corretiva ou resolução, sobre planos de recapitalização pública ou sobre os *living wills*. A pressão sobre o desempenho das autoridades de supervisão bancárias torna-se, também por este motivo, mais elevada.

### § 3.º Desenvolvimentos institucionais: a União Bancária Europeia

#### 7. A subsistência do Sistema Europeu de Supervisores Financeiros

I – Para entender corretamente as alterações institucionais mais recentes, é necessário ter presente que já em 2010, na sequência do relatório de um grupo de peritos presidido por Jacques de Larosière<sup>60</sup>, foram introduzidas alterações importantes no sistema institucional, através da criação de um Sistema Europeu de Supervisão Financeira (*European System of Financial Supervisors (ESFS)*). Este sistema assenta na existência e articulação das seguintes instituições:

- O Conselho Europeu de Risco Sistémico (*European Systemic Risk Board*);
- As três autoridades europeias de regulação, coletivamente designadas *European Supervisory Authorities*: a *European Securities and Markets Authority (ESMA)*<sup>61</sup>, a *European Banking Authority (EBA)*<sup>62</sup> e a *EIOPA*<sup>63</sup>;

<sup>57</sup> Cf. *infra*, 9.

<sup>58</sup> Artigo 4.º, n.º 3, II, do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>59</sup> O tema adquire proeminência com a nova redação dada aos artigos 14.º, n.º 1, alínea j), 20.º, n.º 1, alínea h), 30.º a 32.º e 103.º, n.º 2, e aos novos artigos 30.º-A a 30.º-D, 31.º-A, 32.º-A e 33.º-A do RGIC pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro. Cf. a propósito Paulo Câmara, «Introdução: Designação de Administradores e Governo das Sociedades», em *A Designação dos Administradores* (2014).

<sup>60</sup> High Level Group on Financial Supervision in the EU (coord. Jacques de Larosière), *Report* (25-fev.-2009)

<sup>61</sup> Niamh Moloney, *The ESMA and Institutional Design for the EU Financial Market - A Tale fo Two Competences: Part (1) Rule-Marking*, EBOLR 12 (2011), 70-86; Idem, *The ESMA and Institutional Design for the EU Financial Market - A Tale fo Two Competences: Part (2) Rules in Action*, EBOLR 12 (2011), 190-225; Pierre Schammo, *The European Securities and Markets Authority: Lifting the Veil on the Allocation of Powers*, *Common Market Law Review*, vol. 48, No. 6, (2011).

– As autoridades nacionais de supervisão, interligadas num Sistema Europeu de Supervisores Financeiros (*European System of Financial Supervisors*)<sup>64</sup>.

II – O quadro institucional descrito não foi substituído com o projeto de União Bancária Europeia. Ao invés, de acordo com o quadro em vigor a União Bancária não põe em crise a existência e a necessidade do Sistema Europeu de Supervisão Financeira. O Regulamento do Mecanismo Único de Supervisão frisa que os poderes atribuídos ao BCE não prejudicam as competências da *European Banking Authority* (EBA) e do *European Systemic Risk Board* (ESRB)<sup>65</sup>. Assim, a EBA manterá a sua função de harmonização das práticas de supervisão entre autoridades de supervisão bancárias nos Estados-membros<sup>66</sup>.

Todavia, a arquitetura institucional tornou-se substancialmente mais complexa com a transferência de poderes de supervisão prudencial para o Banco Central Europeu, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, e com a atribuição de poderes de resolução ao Conselho Único de Resolução (*Single Resolution Board*).

Antes de proceder a um exame do Mecanismo Único de Supervisão, convém repisar que nenhum dos elementos do Sistema Europeu de Supervisores Europeus preexistente foi suprimido. A complexidade da arquitetura institucional daqui resultante revela-se, desde logo, uma limitação para a melhor eficácia visada.

Para que esta articulação institucional resulte harmoniosa, ficou estabelecido que o BCE deve cooperar estreitamente com a EBA, a ESMA, a EIOPA e o Comité Europeu do Risco Sistémico (CERS), bem como com as outras autoridades que integram o SESF, que asseguram um nível adequado de regulamentação e supervisão na União<sup>67</sup>. A partir da finalidade da norma, deve naturalmente entender-se que este dever de cooperação é recíproco.

III – As fundações da União Bancária Europeia foram lançadas na Comunicação da Comissão Europeia de 30 de maio de 2012 sobre Ação para Estabilidade, o Crescimento e o Emprego. Nesse documento, a União Bancária é apresentada como um instrumento de maior integração, com vista à plena realização da União Económica Monetária<sup>68</sup>.

<sup>62</sup> Sofia Thibaut Trocado, *A nova estrutura europeia de supervisão bancária, em especial a Autoridade Bancária Europeia*, em *O Novo Direito Bancário* (2012), 71-101.

<sup>63</sup> Regulamento (UE) n.º 1095/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que cria a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (*European Securities and Markets Authority* - ESMA), Regulamento (UE) n.º 1093/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que cria a Autoridade Bancária Europeia (*European Banking Authority*) e Regulamento (UE) n.º 1094/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que cria a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*).

<sup>64</sup> Guido Ferrarini/Filippo Chiodini, *Regulating Multinational Banks in Europe: An Assessment of the New Supervisory Framework*, WP ECGI (2010); Eddy Wymeersch, *The Institutional Reforms of the European Financial Supervisory System. An Interim Report*, *Financial Law Institute* (2010); Peter Mülbert/Alexander Wilhelm, *Reforms of the EU Banking and Securities Regulation after the Financial Crisis*, Mainz (2010); Pablo Iglesias-Rodriguez, *Towards a New European Financial Supervision Architecture*, *Columbia Journal of European Law Online*, vol. 16, No. 1 (2009).

<sup>65</sup> Artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>66</sup> European Commission, *Report to the European Parliament and the Council on the operation of the European Supervisory Authorities (ESAs) and the European System of Financial Supervision (ESFS)*, (8-ag.-2014), 4, disponível em [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances/docs/committees/140808-esfs-review\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/committees/140808-esfs-review_en.pdf).

<sup>67</sup> Artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>68</sup> European Commission, *Ação para a Estabilidade, o Crescimento e o Emprego*, COM (2012) 299 final, 5.

A União Bancária Europeia configura um processo complexo e faseado e que postula, em etapas sucessivas:

- Um Mecanismo Único de Supervisão, que entrou em pleno funcionamento a partir de 4 de novembro de 2014;
- Um Mecanismo Único de Resolução, cujo Conselho Único de Resolução entrou em pleno funcionamento a partir de 1 de janeiro de 2016; e
- Um Sistema Comum de Garantia de Depósitos, ainda por acordar<sup>69</sup>.

Centrar-nos-emos na primeira fase deste processo: o Mecanismo Único de Supervisão.

## 8. O Mecanismo Único de Supervisão: âmbito e objetivos

I – O Mecanismo Único de Supervisão assenta, a título principal, na transferência para o Banco Central Europeu de poderes de supervisão prudencial sobre instituições de crédito da zona euro ou de outro Estado-membro que pretenda aderir a este mecanismo<sup>70</sup>. Na acertada qualificação de Pedro Costa Gonçalves, o resultado desta transferência de competências é o de uma «desnacionalização e conseqüente europeização da supervisão das instituições de crédito»<sup>71</sup>.

No plano das fontes, o Mecanismo Único de Supervisão é regulado pelo Regulamento do Conselho n.º 1024/2013, de 15 de outubro de 2013 (Regulamento do Mecanismo Único de Supervisão), e pelo Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014, que estabelece o quadro de cooperação, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, entre o BCE e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão)<sup>72</sup>. Este acervo normativo, por seu turno, repousa sobre o

<sup>69</sup> Sobre o estado atual das negociações políticas relativas a este tema, cf. Comissão Europeia, *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Banco Central Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a Conclusão da União Bancária*, COM (2017) 592 final (11-out.-2017).

<sup>70</sup> Reenvia-se para o artigo 4.º (quanto às atribuições conferidas ao BCE) e para o artigo 7.º (no tocante à cooperação estreita com países fora da zona euro) do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>71</sup> Pedro Costa Gonçalves, *Supervisão bancária pelo BCE - uma leitura jurídico-administrativa do Mecanismo Único de Supervisão*, *Thémis* (2015), 51.

<sup>72</sup> Eilís Ferran, *European Banking Union: Imperfect, But It Can Work*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 30/2014 (2014), disponível em <http://ssrn.com/abstract=2426247>; Eddy Wymeersch, *The Single Supervisory Mechanism or 'SSM', Part One of the Banking Union*, European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 240/2014 (2014), disponível em <http://ssrn.com/abstract=2397800>; Id., *The European Banking Union, a First Analysis*, Financial Law Institute Working Paper Series WP 2012-07 (2012), disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2171785](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171785); Eilís Ferran/V. Babis, *The European Single Supervisory Mechanism*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper (2013), <http://ssrn.com/abstract=2224538>; Guido Ferrarini/Luigi Chiarella, *Common Banking Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses*, (2013), <http://ssrn.com/abstract=2309897>; T. H. Troeger, *The Single Supervisory Mechanism — Panacea or Quack Banking Regulation? Preliminary Assessment of the Evolving Regime for the Prudential Supervision of Banks with ECB Involvement*, (2013), Goethe Universität, Frankfurt a. M., <http://ssrn.com/abstract=2311353>; Inês Palma Ramalho, *O Mecanismo Único de Supervisão: Uma breve análise sobre os desafios da sua implementação*, Trabalho final apresentado no âmbito do Curso de Mercados Financeiros, IDEFF, (2014); Id., *O Mecanismo Único de Supervisão: Uma breve análise sobre os desafios da sua implementação (Parte I)*, RDS n.º 2 (2015).



artigo 127.º, n.º 6 do TFUE, que permite ao Conselho confiar ao BCE tarefas específicas em matéria de instituições de crédito<sup>73</sup>.

O BCE pode ainda aprovar orientações, recomendações e regulamentos<sup>74</sup> em desenvolvimento dos diplomas legislativos em vigor nesta matéria<sup>75</sup>.

II – De acordo com o Regulamento do Mecanismo Único de Supervisão<sup>76</sup>, as atribuições confiadas ao BCE são as seguintes:

- a) *Conceder e revogar a autorização a instituições de crédito;*
- b) *Relativamente às instituições de crédito estabelecidas num Estado-Membro participante que pretendam estabelecer uma sucursal ou prestar serviços transfronteiriços num Estado-Membro não participante, exercer as atribuições que incumbem à autoridade competente do Estado-Membro de origem nos termos da legislação aplicável da União;*
- c) *Apreciar as notificações de aquisição e alienação de participações qualificadas em instituições de crédito, exceto no caso da resolução bancária;*
- d) *Assegurar o cumprimento dos requisitos prudenciais às instituições de crédito em matéria de requisitos de fundos próprios, titularização, limites aos grandes riscos, liquidez, alavancagem financeira, e divulgação pública de informações sobre essas matérias;*
- e) *Assegurar o cumprimento dos requisitos às instituições de crédito para implementarem disposições adequadas em matéria de governo das sociedades;*
- f) *Efetuar exercícios de revisão e avaliação pelo supervisor, incluindo, sempre que adequado em coordenação com a EBA, testes de esforço e a sua eventual divulgação, a fim de determinar se os dispositivos, as estratégias, os processos e os mecanismos implementados pelas instituições de crédito e os fundos próprios por elas detidos asseguram uma boa gestão e cobertura dos seus riscos, e, com base nesse processo de revisão, impor às instituições de crédito requisitos específicos de fundos próprios adicionais, requisitos específicos de divulgação de informações, requisitos específicos de liquidez e outras medidas que à luz da legislação aplicável da União possam ser adotadas pelas autoridades competentes;*
- g) *Exercer a supervisão em base consolidada das empresas-mãe das instituições de crédito estabelecidas num dos Estados-Membros participantes, incluindo as companhias financeiras e as companhias financeiras mistas, e participar na supervisão em base consolidada, incluindo nos colégios de supervisores;*
- h) *Participar na supervisão complementar de um conglomerado financeiro em relação às instituições de crédito que dele fazem parte e assumir as atribuições de coordenação quando o BCE for nomeado coordenador relativamente a um conglomerado financeiro;*
- i) *Exercer atribuições de supervisão no que respeita aos planos de recuperação e a uma intervenção precoce quando uma instituição de crédito ou grupo de que o BCE seja a autoridade responsável pela supervisão em base consolidada não satisfaz ou está em*

<sup>73</sup> Roberto Ugena Torrejón, *El mecanismo único de supervisión europeo*, *Actualidad UM*, n.º 36 (2014), 11-12.

<sup>74</sup> Artigos 4.º, n.º 3, II, e 6.º, n.º 5, do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>75</sup> Como primeiro exemplo de intervenção regulamentar neste âmbito: European Central Bank, *Regulation to complete the requirements about how banks shall report supervisory financial information* (2014).

<sup>76</sup> Artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1024/2013/EU, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

*risco de infringir os requisitos prudenciais aplicáveis, bem como apenas nos casos expressamente previstos na legislação aplicável da União relativamente às autoridades competentes, no que respeita às mudanças estruturais exigidas às instituições de crédito para prevenir situações de tensão financeira ou incumprimento, excluindo quaisquer poderes de resolução.*

Embora – atentos os limites da previsão do artigo 127.º, n.º 6, do TFUE – se limitem à supervisão prudencial, não envolvendo implicações diretas em matéria comportamental<sup>77</sup>, as atribuições transferidas para o BCE são muito amplas e incluem poderes de autorização<sup>78</sup>, de acompanhamento<sup>79</sup>, de investigação<sup>80</sup> e de perseguição sancionatória<sup>81</sup>.

III – As instituições de crédito supervisionadas pelo BCE são, de modo direto, as instituições de crédito com caráter significativo. Estão ainda abrangidas as companhias financeiras, as companhias financeiras mistas e as sucursais – desde que, em todos os casos, assumam caráter significativo<sup>82</sup>.

O caráter significativo, para este efeito, é aferido por recurso a três critérios:

- i) Dimensão;
- ii) Importância para a economia da União ou da economia de algum dos Estados-membros; e
- iii) Relevância da atividade internacional. São ainda tidas como significativas as instituições que tenham recebido assistência do *European Financial Stability Fund* ou do *European Stability Mechanism*<sup>83</sup>.

O BCE está habilitado, todavia, a estender os seus poderes a instituições de crédito que não tenham caráter significativo<sup>84</sup>.

Para a aplicação deste regime, foi imposta uma avaliação ampla das instituições de crédito com caráter potencialmente significativo (*Comprehensive Assessment*)<sup>85</sup>.

<sup>77</sup> O ponto é adiante retomado: cf. *infra*, 10.

<sup>78</sup> Artigo 14.º do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>79</sup> Artigo 16.º do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>80</sup> Artigos 10.º-13.º do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>81</sup> Sobre os aspetos sancionatórios, cf. os artigos 18.º do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013, e os artigos 36.º a 38.º e os artigos 120.º a 133.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>82</sup> Consulte-se, para a concretização mais recente: Banco Central Europeu, *Lista de entidades supervisionadas significativas e lista de instituições menos significativas* (set.-2014). Tenha-se presente, a propósito, o dever de publicação da lista das instituições diretamente supervisionadas pelo BCE consagrado no artigo 49.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>83</sup> Artigo 6.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013, e artigos 39.º a 44.º e 50.º a 66.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>84</sup> Artigos 72.º e 96.º a 100.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>85</sup> Artigo 33.º, n.º 4 do Regulamento n.º 1024/2013/UE do Conselho, de 15 de outubro de 2013. Sobre os resultados desta avaliação, reenvia-se para Banco Central Europeu, *Relatório Agregado sobre a Avaliação Completa*, (out.-2014).

IV – O Regulamento europeu fundador desta arquitetura institucional refere-se a um *Mecanismo*, dado que o mesmo envolve as autoridades de supervisão nacionais, que ficam vinculadas por deveres de cooperação perante o BCE<sup>86</sup>.

Apesar de este mecanismo integrar o BCE e as autoridades nacionais de supervisão bancária, é bem claro que a responsabilidade pelo funcionamento eficaz e coerente compete ao BCE, de acordo com o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento SSM<sup>87</sup>.

No âmbito do BCE, são obrigatoriamente separadas as funções de supervisão e de política monetária<sup>88</sup>. Esta separação é funcional, organizativa e de recursos humanos, postulando uma não interferência entre as funções monetária e de supervisão.

O Mecanismo pressupõe ainda, como notado, a cooperação a estabelecer com as demais autoridades que compõem o Sistema Europeu de Supervisores Financeiros – designadamente a EBA e o ESRB<sup>89</sup>.

A partir da descrição antecedente, revela-se desajustada a qualificação deste Mecanismo como «único», uma vez que é limitada a centralização de poderes que consuma<sup>90</sup>. Com efeito, o Mecanismo:

- i) Pressupõe a interação de diversas instituições – não prescindindo da atuação das autoridades de supervisão domésticas, embora com âmbito substancialmente mais reduzido;
- ii) Incide unicamente sobre competências de supervisão prudencial<sup>91</sup>; e
- iii) Apenas cobre as instituições da zona euro e instituições de outros Estados aderentes.

Estas características conduziram o Banco de Portugal a apelidar acertadamente este modelo de «sistema híbrido baseado na cooperação»<sup>92</sup>.

V – Os termos em que se processa a cooperação entre o BCE e as autoridades de supervisão nacionais variam em função de cada tema.

Em algumas matérias, o BCE atua diretamente, nomeadamente se detetar alguma atuação ilícita ou se concluir pela necessidade de ajustamento urgente de natureza prudencial. Entre as atuações possíveis contam-se a imposição do reforço de fundos próprios, robustecimento de procedimentos ou estratégias, restrições ou alterações à atividade prestada, restrições à

<sup>86</sup> Entre muitos: artigos 3.º, 6.º, n.º 2, 7.º e 17.º do Regulamento n.º 1024/2013, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>87</sup> Guido Ferrarini/Luigi Chiarella, *Common Banking Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses* (2013), 49; Pedro Costa Gonçalves, «Supervisão bancária pelo BCE — uma leitura jurídico-administrativa do Mecanismo Único de Supervisão», *cit.*, 55-58.

<sup>88</sup> Artigo 25.º do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>89</sup> Artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>90</sup> «Its 'single' element has been watered down significantly», Eilís Ferran/V. Babis, *The European Single Supervisory Mechanism*, *cit.*, 30.

<sup>91</sup> Cf. *infra*, 10.

<sup>92</sup> Banco de Portugal, *A Economia Portuguesa* (2014), 63.

remuneração variável ou a distribuições a acionistas ou substituição de membros da administração<sup>93</sup>.

Em outras situações, a autoridade de supervisão nacional elabora um projeto de decisão, a ser submetido ao BCE. Este regime é o seguido em caso de exigências adicionais macroprudenciais, autorização e supervisão prévia de participações qualificadas<sup>94</sup>. De notar que nestas matérias, o processo decisório referente ao projeto de decisão da autoridade nacional é sensivelmente comprimido, do ponto de vista temporal.

Em relação às restantes competências prudenciais, o espaço de atuação das autoridades nacionais é ligeiramente mais dilatado, embora sob orientações do BCE<sup>95</sup>. Para figurar um exemplo, o regime jurídico de supervisão da adequação dos administradores assenta, de um lado, em deveres de comunicação das instituições de crédito supervisionadas à autoridade nacional competente de qualquer alteração na titularidade de órgãos sociais e de qualquer novo facto que possa afetar ou ter impacto no juízo inicial de adequação de administradores<sup>96</sup>. São subsequentemente estabelecidos deveres de comunicação das autoridades competentes nacionais ao BCE de alterações na composição dos órgãos sociais de instituições de crédito ou de outros factos relevantes nesta matéria<sup>97</sup>. Tal não impede a possibilidade de exercício pelo BCE das competências que são atribuídas às autoridades nacionais nesta matéria<sup>98</sup>.

Apesar desta diversidade de mecanismos decisórios, o BCE pode em todo o caso decidir exercer diretamente os poderes de supervisão prudenciais e de investigação, após consulta à autoridade nacional competente<sup>99</sup> e pode sempre solicitar um projeto de decisão a ser preparado pela autoridade nacional<sup>100</sup>. Além disso, as notificações sobre as matérias relacionadas com o Mecanismo devem ser submetidas diretamente ao BCE<sup>101</sup>. O BCE pode ainda transmitir instruções às autoridades nacionais se tal for necessário para dar cumprimento aos poderes de supervisão que lhe são conferidos ao abrigo do Mecanismo Único de Supervisão<sup>102</sup>. Por fim, o BCE pode receber diretamente denúncias de irregularidades, desde que realizadas de boa-fé<sup>103</sup>.

<sup>93</sup> Artigo 16.º do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>94</sup> Artigos 5.º, n.ºs 1 e 3, 14.º e 15.º do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013, e artigos 11.º a 13.º, 73.º a 88.º e 101.º a 105.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>95</sup> Artigo 6.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>96</sup> Artigos 93.º e 94.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>97</sup> Artigo 93.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>98</sup> Artigo 93.º, n.º 2, do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>99</sup> Artigo 6.º, n.º 5, alíneas *b*) e *d*), do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>100</sup> Artigo 91.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>101</sup> Artigo 95.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>102</sup> Artigo 22.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>103</sup> Artigos 36.º a 38.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

Os atos decisórios do BCE devem ser submetidos a notificação prévia às instituições supervisionadas<sup>104</sup>, de acordo com o idioma por estas escolhido<sup>105</sup> e estão sujeitos a escrutínio judicial junto do TJUE. A densa estrutura de cooperação entre o BCE e as autoridades competentes domésticas em que assenta o funcionamento do Mecanismo Único de Supervisão pode, porém, suscitar questões melindrosas quanto à distinção da competência do TJUE e dos tribunais judiciais de cada Estado-membro<sup>106</sup>.

VI – Para avaliar o Mecanismo Único de Supervisão, convém atender preliminarmente às finalidades que estão na base da sua criação<sup>107</sup>.

Visa-se, de um lado, acentuar a convergência na exigência, na metodologia e no exercício das práticas de supervisão em termos europeus e designadamente reduzir o tratamento assimétrico a operadores nacionais (*country bias*). São, neste âmbito, estabelecidos princípios de igualdade de tratamento e de não discriminação<sup>108</sup>. Acresce que, de acordo com a prática instituída pelo BCE, os responsáveis pelas equipas de supervisão são em regra de nacionalidade diferente do Estado da sede da instituição supervisionada<sup>109</sup>.

Em segundo lugar, este Mecanismo visa uma redução dos problemas de coordenação em crises bancárias internacionais. Tenha-se presente, a este propósito, que são estabelecidos múltiplos deveres de cooperação e de troca de informação<sup>110</sup>. O Mecanismo pressupõe ainda o funcionamento de equipas conjuntas de supervisão, compostas por elementos do BCE e das autoridades nacionais de cada instituição supervisionada<sup>111</sup>.

Por último, procura-se quebrar a correlação entre risco do Estado e risco dos bancos (*doom loop, diabolic loop*).

De seguida analisa-se até que ponto estes objetivos são cumpridos com o enquadramento normativo vigente.

## 9. O Mecanismo Único de Supervisão: supervisão única, regulação múltipla

I – Um dos pilares da União Bancária Europeia reside no reforço de harmonização legislativa entre os Estados-membros<sup>112</sup>. O resultado deste esforço harmonizador é traduzido

<sup>104</sup> Artigo 21.º do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013, e artigos 31.º e 35.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>105</sup> Artigo 24.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>106</sup> Referindo-se aos desafios particulares que suscitam os atos das autoridades nacionais em execução de instruções do BCE: Roberto Ugena Torrejón, *El mecanismo único de supervisión europeo*, cit., 17.

<sup>107</sup> Eva Horn, *Die Einführung einer europäischen Bankenunion*, München (2013), 8-22.

<sup>108</sup> Artigo 1.º do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>109</sup> Danielle Nouy, *Mais uma etapa no sentido de uma Europa melhor: o estabelecimento da supervisão bancária*, DE, (20-set.-2014).

<sup>110</sup> Artigos 20.º e 21.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>111</sup> Artigo 3.º do Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014 (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão).

<sup>112</sup> European Commission, *Banking Union: restoring financial stability in the Eurozone*, (ab.-2014), 2.

comumente através da expressão *single Rulebook*. O termo, porém, mostra-se excessivo. A constituição de um Mecanismo Único de Supervisão acompanha uma etapa importante de crescente convergência legislativa na área bancária, mas não encerra nem esgota este processo.

Para compreender as limitações do processo de harmonização legislativa, importa ter em conta, em primeiro lugar, que o direito bancário europeu assenta ainda em diversas diretivas (v. g. a CRD IV e a Diretiva de Recuperação e Resolução bancárias) cujas opções de transposição podem variar sensivelmente entre cada Estado-membro. Assim, referir como adquirida a existência de um *Rulebook* único na área bancária é falacioso e equívoco, dado persistirem diferenças de regulação entre os Estados-membros<sup>113</sup>.

Em segundo lugar, surgem com frequência diferenças na concretização aplicativa das normas bancárias. Neste quadro, o BCE é instituído numa posição importante (e, em certa medida, surpreendente) de órgão de aplicação do direito europeu e da legislação dos Estados-membros em transposição das diretivas europeias<sup>114</sup>. Porém, – embora corresponda a um cenário indesejável – não é de excluir a possibilidade de se verificarem divergências aplicativas entre o BCE e as autoridades nacionais<sup>115</sup>.

Em terceiro lugar, há normas que pressupõem diretamente uma ampla latitude decisória por parte da autoridade competente. Mesmo em Regulamentos europeus (v. g. no CRR) se deteta um espaço considerável de flexibilidade confiada aos Estados-membros<sup>116</sup>. Para figurar um exemplo, uma significativa porção do enquadramento legislativo prudencial assenta em poderes discricionários das autoridades competentes – v. g. quanto às isenções dos limites de concentrações de grandes riscos<sup>117</sup>, quanto às exigências de liquidez<sup>118</sup> e quanto aos métodos de consolidação<sup>119</sup>.

Conclui-se, a partir daqui, que o corpo de regras europeias na área bancária atingiu um grau importante, mas não extremo, de harmonização legislativa. A designação, muito patente em documentos oficiais, de «Livro Único de Regulação» remete mais para um objetivo político-legislativo em construção do que para uma qualificação técnica de um ciclo de harmonização encerrado.

II – Para obviar aos inconvenientes decorrentes de uma harmonização imperfeita, a saída que se vislumbra é a de o Mecanismo forçar uma evolução de transformação das diretivas em regulamentos, com integral supressão das opções de transposição.

<sup>113</sup> Guido Ferrarini/Luigi Chiarella, *Common Banking Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses*, (2013), 55; Eddy Wymeersch, *The Single Supervisory Mechanism or 'SSM', Part One of the Banking Union*, European Corporate Governance Institute (ECGI) — Law Working Paper No. 240/2014 (2014), 10.

<sup>114</sup> Artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>115</sup> Ao BCE são também confiados poderes regulatórios, embora limitados: artigo 4.º, n.º 3, II, do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>116</sup> Valia Babis, *Single Rulebook for Prudential Regulation of Banks: Mission Accomplished?*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 37/2014 (2014), disponível em <http://ssrn.com/abstract=2456642>.

<sup>117</sup> Artigo 400.º, n.º 2, do CRR.

<sup>118</sup> Artigo 460.º do CRR.

<sup>119</sup> Artigo 18.º do CRR.



Este possível futuro desenvolvimento não se mostra, contudo, isento de inconvenientes. Já apontando neste sentido, há quem advirta contra a tentação de uma regulação detalhada em demasia que frequentemente emerge dos regulamentos europeus<sup>120</sup>. Note-se, a propósito, que um regresso a uma regulação (excessivamente) baseada em princípios também significaria um retrocesso, ao implicar um risco conhecido de divergências aplicativas por parte dos vários órgãos de aplicação do direito bancário europeu.

## 10. A divisão entre competências prudenciais e comportamentais

I – O Mecanismo Único de Supervisão restringe as suas competências à supervisão prudencial, como resulta do artigo 4.º do Regulamento n.º 1024/2013/UE do Conselho, de 15 de outubro de 2013, atrás examinado. Essa restrição resulta da base legal das competências do Banco Central Europeu (artigo 127, n.º 6, do TFUE)<sup>121</sup>.

Este Mecanismo assenta, deste modo, na contraposição entre a supervisão comportamental, atinente à vigilância das regras relativas à relação de clientela entre a instituição financeira e o seu cliente e a supervisão prudencial, relacionada com a prevenção e a gestão do risco das instituições bancárias. A supervisão comportamental continua a cargo das autoridades de supervisão nacionais – permanecendo, no caso nacional, confiada ao Banco de Portugal.

II – Embora muito utilizada, a esta contraposição entre supervisão prudencial e comportamental subjaz uma simplificação. Desde já, estas áreas não são rigorosamente autoexcludentes e admitem uma sua sobreposição<sup>122</sup>. Os deveres organizativos e de informação, por exemplo, podem servir finalidades prudenciais e de conduta.

Além disso, na delimitação europeia os deveres relacionados com a prevenção do branqueamento de capitais são deixados de fora do perímetro da supervisão prudencial, o que constitui uma separação igualmente artificiosa<sup>123</sup>.

Por fim, nota-se que a matéria do governo das instituições de crédito (*bank governance*) é classificada na legislação bancária como relativa à supervisão prudencial<sup>124</sup>. Trata-se de uma classificação grosseiramente redutora, dado que a governação bancária pode afetar a estabilidade prudencial dos bancos, mas tem em vista outros objetivos: prevenção de conflito de interesses, transparência decisória, maximização do escrutínio sobre os atores societários e equilíbrio organizativo, entre outros<sup>125</sup>. Assinale-se que a assimilação entre regulação e governação bancária deve ser rejeitada energicamente, porque é não raras vezes, ainda que

<sup>120</sup> Eddy Wymeersch, *The Single Supervisory Mechanism or 'SSM', Part One of the Banking Union*, European Corporate Governance Institute (ECGI) — Law Working Paper No. 240/2014 (2014), 76.

<sup>121</sup> Criticamente: Matthias Herdegen, *Europäische Bankenunion: Wege zu einer einheitlichen Bankenaufsicht*, WM n.º 40 (2012), 1889-1936 (1891-1893).

<sup>122</sup> Eilís Ferran/V. Babis, *The European Single Supervisory Mechanism*, cit., 7.

<sup>123</sup> Criticamente: Manuel José Barbosa Gomes, *Mecanismo Único de Supervisão: A Desnacionalização da Supervisão Bancária na Zona Euro*, Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Administrativo, Universidade de Coimbra (2015), 28-29, 80-81.

<sup>124</sup> P. ex., artigo 4.º, n.º 1, alínea e), do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

<sup>125</sup> Paulo Câmara, «O Governo societário dos bancos - em especial as novas regras e recomendações sobre remuneração na banca», *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1 (2012), 9-46.



inadvertidamente, tida como pretexto para uma hiper-rigidez normativa numa área que deve mostrar adaptabilidade às feições próprias de cada organização.

Retenha-se, além disso, que a análise das reclamações – que, de acordo com os cânones, se integra na supervisão comportamental – é frequentemente relevante para a deteção de comportamentos indiciadores de dificuldades financeiras nas instituições de crédito. Figure-se o caso da distribuição agressiva de instrumentos financeiros, que pode ser determinada por preocupações de natureza prudencial.

III – Como consequência prática do exposto, os bancos portugueses significativos passam a ser supervisionados pelo Banco Central Europeu quanto a temas prudenciais e pelo Banco de Portugal no âmbito da supervisão comportamental bancária. Esta divisão reforça a importância da cooperação entre o BCE e as autoridades competentes nacionais.

## 11. Uma arquitetura institucional complexa

I – É patente, por seu turno, que o Mecanismo Único de Supervisão repousa numa estrutura institucional excessivamente complexa<sup>126</sup>.

O Mecanismo assenta em larga parte, como indicado, em deveres de cooperação com as autoridades nacionais, cujo cumprimento pode revelar-se falível em momentos de crise bancária aguda.

O BCE, além disso, tem poderes de regulação, mas é autoridade prudencial sujeita às orientações e recomendações da EBA. Recorde-se, além disso, permanecerem em funções das demais instituições integrantes do Sistema Europeu de Supervisores Financeiros<sup>127</sup>.

A propósito, o Banco de Portugal apontou estar em causa «um sistema complexo em termos de regras e procedimentos que necessita estar testado na prática».

Este constitui um problema de fundo, que vale para o aparelho institucional europeu e, mais latamente, que se reconhece existir na rede de *standard-setters* mundiais na área financeira. A verdade é que a agilidade decisória e a convergência aplicativa do ponto de vista dos supervisores e dos *standard-setters* apenas serão atingidas com uma redução, e não com um aumento, de instituições de referência<sup>128</sup>.

II – Na Europa, convém assinalar que a descrita complexidade institucional tornar-se-á mais acentuada com a entrada em vigor do Mecanismo Único de Resolução. Esta constitui a segunda etapa da União Bancária Europeia e entrará em funcionamento em janeiro de 2015. Como fontes primárias, assenta no Regulamento n.º 806/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre o Mecanismo Único de Resolução e na Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento

<sup>126</sup> O próprio Comissário MICHEL BARNIER, em entrevista dada no final do seu mandato, confessava lamentar a excessiva complexidade da União Bancária Europeia edificada sob sua coordenação (*Financial Times*, 29-set.-2014, 4).

<sup>127</sup> Cf. *supra*, 9. Eilís Ferran/V. BABIS, *The European Single Supervisory Mechanism*, cit., 23-29.

<sup>128</sup> Por todos: Howard Davies/David Green, *Global Financial Regulation. The Essential Guide*, Cambridge (2008), *passim*.

Europeu e do Conselho, de 15 maio de 2014, sobre Recuperação e Resolução de Instituições de Crédito.

Este Mecanismo postula um órgão decisório central a aplicar o regime harmonizado europeu – o Conselho Único de Resolução – e um Fundo Único de Resolução Bancária.

O âmbito deste mecanismo é quase coincidente com o Mecanismo Único de Supervisão: aplica-se às instituições de crédito da zona euro e às instituições de outros Estados que queiram aderir. Contudo, há uma extensão também a empresas-mãe, empresas de investimento e instituições financeiras no perímetro de consolidação<sup>129</sup>.

Os objetivos deste Mecanismo são os de facilitar a coerência decisória em caso de resolução de grupos bancários internacionais e de eliminar a dependência que os processos de resolução possam exibir em relação ao orçamento de cada Estado-membro. Pretende-se, em suma, contrariar a célebre asserção de Mervyn King: *banks are international in life and national in death*<sup>130</sup>.

O sistema instituído, porém, padece de algumas limitações. De um lado, aumenta a complexidade institucional, por virtude da especialização da supervisão do processo de resolução e de uma ampla rede de cooperação institucional: envolvendo o Conselho Único de Resolução, com consultas às autoridades nacionais competentes, ao BCE e ao Conselho da União Europeia<sup>131</sup>. Além disso, as decisões de resolução estão sujeitas a ratificação ou – caso envolvam a concessão de auxílios estatais – a aprovação prévia pela Comissão Europeia<sup>132</sup>.

## 12. Problemas colocados pelo âmbito material e geográfico

I – Do ponto de vista de uma supervisão estritamente prudencial, ao centrar-se nas instituições de crédito<sup>133</sup>, o Mecanismo Único de Supervisão deixa de fora diversas instituições que podem apresentar risco sistémico – tais como seguradoras, contrapartes centrais, entidades gestoras de mercados regulamentados e intermediários financeiros.

Receia-se que em temas de aplicação intersetorial (que atravessem os setores bancário, segurador e de mercado de instrumentos financeiros), a articulação entre autoridades competentes se revele menos ágil e eficaz.

<sup>129</sup> Artigo 2.º do Regulamento (UE) n.º 806/2014, que institui o Mecanismo Único de Resolução.

<sup>130</sup> A afirmação do antigo Governador do Banco de Inglaterra foi pela primeira vez citada por Lord ADAIR Turner em 18 de março de 2009 e é nomeadamente citada por Avinash Persaud, *The locus of financial regulation: Home vs. Host, International Affairs* 86:3 (2010), 642, e Dirk Schoemaker, *Governance of International Banking. The Financial Trilemma*, Oxford (2013), 1.

<sup>131</sup> Artigos 8.º a 11.º, 18.º e 19.º do Regulamento (UE) n.º 806/2014, que institui o Mecanismo Único de Resolução.

<sup>132</sup> Artigos 18.º, n.º 7, e 19.º do Regulamento (UE) n.º 806/2014, que institui o Mecanismo Único de Resolução.

<sup>133</sup> A circunstância de o Mecanismo se aplicar a todas as instituições de crédito é somada à tendência, verificada em termos nacionais, de uma restrição do conceito de instituição de crédito àquelas instituições que recebem depósitos do público (eliminando de consideração nomeadamente as sociedades de *factoring* e as sociedades de locação financeira).

Os problemas de coordenação institucional podem, assim, persistir – sobretudo em crises intersetoriais.

A partir daqui, a sugestão para um alargamento do âmbito subjetivo das instituições envolvidas – a caminho de uma União Financeira Europeia – revela-se irresistível.

II – Além disso, o Mecanismo Único de Supervisão apenas abrange diretamente os Estados-membros da zona euro. É certo que os restantes Estados-membros podem requerer a adesão ao abrigo do regime de cooperação estreita<sup>134</sup>. Todavia, a governação deste Mecanismo pressupõe escassos incentivos para um alargamento a países fora da zona euro, dado que estes não têm assento no Conselho de Governadores do BCE.

Daqui pode decorrer uma fragmentação na supervisão de grupos bancários que incluam instituições fora da zona euro. O resultado daqui decorrente afigura-se paradoxal: a União Europeia enquanto processo originariamente destinado a incrementar a integração europeia pode, em última análise, ser causa de maior desintegração e de uma clivagem mais acentuada entre os Estados-membros situados dentro e fora da zona euro<sup>135</sup>.

A saída possível para contornar estes inconvenientes é a de o sistema institucional de supervisão evoluir para formas mais acentuadas de centralização, seja em termos europeus, seja em termos da estrutura dos sistemas de supervisão nacionais. Releva mencionar que o Presidente da Comissão Europeia já anunciou formalmente preconizar uma União Financeira Europeia (*Capital Markets Union*) como uma das metas a cumprir até 2019, no sentido do reforço da integração e da atratividade dos mercados europeus<sup>136</sup>. O rumo da história parece estar traçado.

III – Por último, um adicional elemento a evidenciar na análise do Mecanismo Único de Supervisão é o de que o perigo de contágio entre o risco do soberano e o risco dos bancos pode não estar totalmente eliminado.

Com efeito, o balanço dos bancos pode ainda expor-se a dívida pública do Estado da sua sede, particularmente em períodos de crise da dívida soberana, como a que assistimos recentemente na Europa.

Este dado, aliás, foi já diretamente reconhecido pelo Banco de Portugal, que admite subsistir um risco de enviesamento doméstico no balanço dos bancos<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> Artigo 7.º do Regulamento (UE) n.º 806/2014, que institui o Mecanismo Único de Resolução. Segundo Danielle Nouy, existem «sinais encorajadores provenientes de vários países cuja moeda não é o euro, os quais estão a ponderar solicitar que os seus bancos sejam também supervisionados pelo BCE» [«Mais uma etapa para uma Europa melhor: o estabelecimento da supervisão bancária», *Diário Económico*, (30-set.-2014), 30].

<sup>135</sup> Eilis Ferran, *European Banking Union and the EU Single Financial Market: more differentiated integration, or disintegration?*, University of Cambridge Faculty of Law Paper, No. 29 (2014).

<sup>136</sup> Jean-Claude Juncker, *A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change. Political Guidelines for the Next European Commission* (jul.-2014), 7. Da Carta de Missão de Jonathan Hill como Comissário constam os seguintes objectivos: *Bringing about a well-regulated and integrated Capital Markets Union, encompassing all Member States, by 2019, with a view to maximising the benefits of capital markets and non-bank financial institutions for the real economy* (10-set.-2014).

<sup>137</sup> Banco de Portugal, *A Economia Portuguesa* (2014), 65.

### 13. Balanço

I – O projeto de criação de uma União Bancária Europeia exhibe uma envergadura e oferece implicações tão vastas que seria, em derradeira análise, irrealista exigir que se atingisse uma primeira formulação absolutamente isenta de reparos.

Reconhece-se, aliás, que esta alteração na arquitetura de supervisão bancária europeia ocorre praticamente em simultâneo com a aprovação de diplomas bancários estruturantes (*inter alia*, CRD IV, CRR, BRRD) cujos testes aplicativos iniciais decorrerão já sob os auspícios do Mecanismo Único Europeu. Esta coincidência temporal entre alterações materiais e institucionais bancárias na Europa exponencia as dificuldades práticas que o processo enfrentará no futuro próximo.

De resto, a União Bancária Europeia consubstancia um processo gradual no qual os objetivos últimos visados – máxime, a anulação do risco de influência entre Estados-membros e os bancos – apenas serão atingidos quando o termo do processo for atingido.

II – Este quadro não deve, porém, mitigar o grau de exigência que deve ser colocada à nova estrutura de supervisão que em 2014 entrou em vigor.

O certo é que na fase atual são sentidos os efeitos decorrentes da perda de soberania – materializados, entre nós, na redução importante de competências prudenciais do Banco de Portugal –, mas não são aproveitadas todas as vantagens de uma integração inteiramente centralizada.

Por outro lado, uma vez que o Mecanismo assenta em larga escala em processos de cooperação entre o BCE e demais as autoridades que integram o Sistema Europeu de Supervisores Financeiros, o balanço a efetuar depende muito de como estes processos serão conduzidos e aplicados na prática.

III – Importa, assim, avaliar de perto a eficácia do Mecanismo Único nestes primeiros anos de funcionamento. Embora consubstanciando uma etapa inicial num processo mais vasto de construção da União Bancária Europeia, a sua avaliação deve realizar-se continuamente.

A *law in action* desempenha aqui um papel fundamental. O quadro legislativo entrado em vigor, de resto, prevê sucessivos exercícios de revisão<sup>138</sup>. Antecipa-se, em todo o caso, que uma reformulação futura do quadro instituído deva privilegiar sempre uma simplificação institucional como condição da eficiência operativa ambicionada.

<sup>138</sup> Artigo 32.º do Regulamento n.º 1024/2013/UE, do Conselho, de 15 de outubro de 2013.

## Parte II. Desenvolvimentos nacionais

### § 4.º O sistema institucional no pós-crise

#### 14. Cooperação interinstitucional e Conselho Nacional de Supervisores Financeiros

I – A fragmentariedade e a complexidade do modelo institucional europeu de supervisão obrigam a questionar se não deve o próprio modelo institucional doméstico ser submetido a uma reavaliação.

Para compreender devidamente este ponto, convém primeiro reconstituir os traços principais do sistema de supervisão.

Recorde-se que em Portugal no sistema financeiro é seguido um modelo especializado mitigado<sup>139</sup>. O modelo caracteriza-se como especializado, por nele coabitarem três autoridades de supervisão especializadas em cada subsetor financeiro – o Banco de Portugal (na área da banca e serviços de pagamentos), a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (mercado de instrumentos financeiros) e a Autoridade de Supervisão de Seguros e de Fundos de Pensões (seguros e fundos de pensões). Este modelo especializado apresenta-se como mitigado, dada a existência de um Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF) que assegura alguma coordenação em assuntos transversais<sup>140</sup>.

II – Várias reformas legislativas recentes têm influência direta no exercício de supervisão em Portugal. Destaca-se, neste contexto, as alterações ao RGIC de 2012, de 2014 e de 2018 e a lei de recapitalização, nas suas sucessivas versões. No entanto, o modelo institucional tem sofrido apenas alterações pontuais desde a criação do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros, em 2000.

A evolução legislativa, aliás, tem registado uma trajetória não inteiramente linear. A título de exemplo, em 2007, foi determinada uma transferência de competências para a CMVM para a supervisão comportamental e a regulação de produtos do setor segurador: os contratos de adesão individual a fundos de pensões abertos e os contratos de seguro ligados a fundos de investimento (artigo 2.º, n.º 3, CVM). Esta decisão legislativa tomou forma através da alteração ao Código dos Valores Mobiliários operada pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de outubro, e foi acompanhada do reforço da colaboração entre o Banco de Portugal e a CMVM na concessão de registos de intermediários financeiros, impôs à autoridade bancária a comunicação à CMVM dos registos de instituições de crédito e de sociedades financeiras que envolvam o exercício de atividades de intermediação financeira (artigo 65.º, n.º 2, do RGIC, aplicável às sociedades financeiras *ex vi* do artigo 194.º, n.º 2, do RGIC), tendo em vista colmatar uma parte da duplicação de atos autorizativos de supervisão antes existente. Ora, onze anos mais tarde, com a transposição da DMIF II para a ordem interna nacional foi reposta a competência da ASF na supervisão comportamental dos contratos de adesão individual a

<sup>139</sup> Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*<sup>5</sup> (2014), 1066-1086.

<sup>140</sup> Cf. Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de setembro.

fundos de pensões abertos e dos contratos de seguro ligados a fundos de investimento<sup>141</sup>.

Outro sinal de um percurso errático na evolução legislativa do modelo nacional de supervisão deteta-se nas duas alterações introduzidas ao Estatuto do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros. A um tempo, o Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro, alargou o rol de competências desta estrutura de coordenação das autoridades de supervisão do sistema financeiro e, bem assim, reforçou o âmbito de informação trocada em matérias atinentes à estabilidade financeira. A outro tempo, o Decreto-Lei n.º 143/2013, de 18 de outubro, veio novamente reforçar as funções de coordenação do CNSF, conferindo-lhe funções consultivas em matéria macroprudencial e facultando a presença de representantes do Ministro das Finanças e do administrador do Banco de Portugal com a responsabilidade pela estabilidade financeira, sem direito de voto, nas reuniões do Conselho que discutam temas macroprudenciais<sup>142</sup>. Porém, a periodicidade mínima de reuniões do CNSF passou de bimestral para trimestral<sup>143</sup>.

Embora correspondendo a ajustamentos relativamente ao enquadramento previgente, os desenvolvimentos legislativos acabados de recensear, contudo, não traduzem alterações de fundo no modelo de supervisão em vigor.

## 15. Oportunidade e necessidade de reavaliação do modelo institucional

I – Sucede que as limitações do modelo nacional de supervisão são há muito conhecidas. Uma larga parte da literatura tem revelado um distanciamento crítico em relação ao modelo institucional que hoje vigora entre nós<sup>144</sup>. Para reter um exemplo, Menezes Cordeiro indicou três espécies de problemas que uma reformulação do quadro institucional vigente poderia evitar: métodos de trabalho diversos; culturas diferentes; e conflitos de competências entre as autoridades existentes<sup>145</sup>.

Além disso, o tema da arquitetura institucional da supervisão financeira nacional foi submetido a consulta pública através do Ministério das Finanças em 2010. A proposta apresentada foi de passar o sistema de supervisão a adotar uma estrutura dual (*twin peaks*). Segundo este projeto, o Banco de Portugal ficaria encarregue de toda a supervisão prudencial das instituições e mercados financeiros – sendo a supervisão comportamental confiada a uma

<sup>141</sup> Em referência estão as alterações ao Código dos Valores Mobiliários promovidas pela Lei n.º 35/2018, de 20 de julho.

<sup>142</sup> Artigos 3.º, n.º 2, e 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de setembro, após alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 143/2013, de 18 de outubro.

<sup>143</sup> Artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de setembro, após alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 143/2013, de 18 de outubro.

<sup>144</sup> Sobre as necessidades de uma supervisão integrada, Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*<sup>5</sup>, Coimbra (2014), 1082-1086. Reenvia-se ainda para: Fernando Costa Lima, *Um novo modelo para a regulação financeira em Portugal, Cadernos de Economia* (ab./jun. 1996), 47-49; João Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros. Direito Europeu e Português*<sup>2</sup>, I, cit., 27-39 (38-39); Eduardo Paz Ferreira, «Anotação ao artigo 101.º do CRP», em Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II (2006), 206-207; Idem, «A regulação pública de actividades económicas em Portugal», em Dário Moura Vicente/Marshall Berger (org.), *Direito Comparado. Perspectivas Luso-Americanas*, Coimbra, vol. II (2010), 18; Sofia Nascimento Rodrigues, «A reforma do sistema português de supervisão financeira», *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. X (2011), 537-565; Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*<sup>3</sup>, (2016), 279-295.

<sup>145</sup> Menezes Cordeiro, *Regulação Económica e Supervisão Bancária, O Direito* (2006), III, 245-276 (276).

nova autoridade de supervisão<sup>146</sup>. Foi ainda proposto alargar o mandato do Conselho Nacional de Estabilidade Financeira, composto pelos supervisores financeiros sob a presidência do Ministério das Finanças, para que este Conselho assegurasse, em termos robustecidos, as tarefas de supervisão macroprudencial do sistema financeiro.

Apresentada no epicentro da crise financeira, a proposta – que não era isenta de reparos<sup>147</sup> – veio a ser suspensa. O tema não chegou então a ser objeto de decisão.

Considerado sempre um ponto em aberto no debate regulatório nacional, foi o tema desafiado em 2016 através das recomendações constantes do Livro Branco sobre a Regulação e Supervisão do Setor Financeiro, encomendado pelo Banco de Portugal<sup>148</sup>. Por fim, mais recentemente, a pedido do Governo, foi elaborado um relatório de análise em setembro de 2017 por um grupo de trabalho coordenado por Carlos Tavares<sup>149</sup>. No seu relatório final, este grupo propôs nomeadamente: a manutenção dos três supervisores existentes, com os necessários ajustamentos na respetiva repartição de funções; a atribuição das funções de autoridade nacional de resolução a uma entidade distinta do Banco de Portugal – o Conselho de Supervisão e Estabilidade Financeira (CSEF); e a atribuição de funções de coordenação de regulação e troca de informações de supervisão microprudencial e da função de autoridade macroprudencial a uma nova entidade (o CSEF), a criar em substituição do CNSF. Estas propostas suscitaram comentários das autoridades reguladoras<sup>150</sup>, em sentido não inteiramente coincidente. Nos meses mais próximos, foi anunciada a preparação de um conjunto de alterações legislativas cujo conteúdo apenas em parte é divulgado publicamente. Assim, o tempo para uma reavaliação do modelo vigente não poderia ser mais propício.

II – Várias circunstâncias aconselham a que seja consumada uma revisão do modelo institucional adotado.

De um lado, é necessário notar que o modelo português de supervisão assenta na especialização dos supervisores (Banco de Portugal, CMVM e Autoridade de Supervisão dos Seguros e Fundos de Pensões) e na cooperação estabelecida entre estes. O CNSF foi constituído em 2000 para exercer funções de coordenação, mas não tem poderes de supremacia em relação a cada uma das autoridades. Demais, esta estrutura de coordenação não prevê mecanismos de mediação nem mecanismos de superação de impasse entre reguladores – confiando exclusivamente na *moral suasion*.

<sup>146</sup> Desenvolvidamente: Sofia Nascimento Rodrigues, *A reforma do sistema português de supervisão financeira, Direito dos Valores Mobiliários*, vol. x (2011), 542-565.

<sup>147</sup> Recorde-se que o documento de consulta pública não apresentava alternativas nem facultava estudos quantificados de impacto do modelo tido como preferido: Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*<sup>3</sup>, (2016), 293-295.

<sup>148</sup> Banco de Portugal, *Livro Branco sobre a Regulação e Supervisão do Setor Financeiro* (2016), tendo como relator Luís Silva Morais.

<sup>149</sup> Grupo de Trabalho para a Reforma do Sistema de Supervisão Financeira, *Reforma do Modelo de Supervisão Financeira* (2017), disponível em <http://www.gpeari.gov.pt/consulta-publica/relatorio-do-grupo-de-trabalho-para-a-reforma-da>.

<sup>150</sup> Cf. CMVM, *Reforma do Modelo de Supervisão Financeira: Comentários da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários ao Relatório sobre a Reforma do Modelo de Supervisão Financeira, elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado pelo Despacho n.º 1041-B/2017* (2017); Banco de Portugal, *Comentários do Banco de Portugal ao Relatório sobre a Reforma do Modelo de Supervisão Financeira* (2017); Idem, *Desenvolvimento da análise do Banco de Portugal ao Relatório sobre a Reforma do Modelo de Supervisão Financeira, elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado pelo Despacho n.º 1041-B/2017* (2017).



A ausência de poderes vinculativos formais sobre qualquer das autoridades torna, por seu turno, o modelo mais fragilizado e duvidosamente apto em momentos de crise financeira aguda, que por natureza são criadores de tensão entre os reguladores e que podem determinar alguma desconfiança institucional recíproca.

É igualmente notado que o modelo de autorização dos intermediários financeiros – assente numa dupla autorização (por parte do Banco de Portugal e da CMVM) – apresenta resultados muito insatisfatórios do ponto de vista da excessiva morosidade na conclusão do processo autorizativo, a rondar na prática os 18 meses.

Recorde-se que os modelos de supervisão – como modelos de governação pública – são instrumentais à eficácia de atuação para o cumprimento de interesses públicos e à eficiência de meios para os atingir<sup>151</sup>. A avaliação de cada modelo deve atender aos seguintes critérios:

- Maximização do desempenho na concretização das tarefas de supervisão;
- Agilidade decisória de cada organização;
- Fluidez na circulação de informação;
- Adequada resolução de conflitos decisórios;
- Aperfeiçoamento do serviço prestado aos aforradores e aos participantes do sistema financeiro.

III – Releva mencionar, neste contexto, que o modelo nacional de supervisão em vigor não impediu a ocorrência de quatro crises bancárias relevantes: a nacionalização do Banco Português de Negócios, S. A., decretada em novembro de 2008<sup>152</sup>; a incapacidade financeira verificada em 2009 e a posterior revogação da autorização do Banco Privado Português, S. A., deliberada em abril de 2010<sup>153</sup>; e a aplicação de medidas de resolução ao Banco Espírito Santo, S. A. (3 de agosto de 2014), e ao BANIF (19 de dezembro de 2015).

No âmbito da Comissão Parlamentar de inquérito constituída no caso BPN, houve explícitas reclamações de défice de cooperação interinstitucional entre as autoridades de supervisão<sup>154</sup>. Mais recentemente, em 2014, o processo que conduziu à aplicação de medidas de resolução no Banco Espírito Santo foi acompanhado de notícias sobre o facto de o tema nunca ter sido discutido no Conselho Nacional de Supervisores Financeiros e de ter havido uma alegada distribuição assimétrica de informação entre reguladores<sup>155</sup>. Além disso, o próprio Banco de

<sup>151</sup> Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*<sup>3</sup> (2016), 290-291.

<sup>152</sup> Reenvia-se para o diploma que aprovou a nacionalização (Lei n.º 62-A/2008, de 11 de novembro) e ainda: Menezes Cordeiro, «Da nacionalização do BPN», *RDS*, n.º 1 (2009), 57-91; Assembleia da República/Comissão de Inquérito Parlamentar, *Sobre a situação que levou à nacionalização do BPN - Banco Português de Negócios - e sobre a supervisão bancária inerente* (2009).

<sup>153</sup> O comunicado do Banco de Portugal encontra-se disponível em <http://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ComunicadoseNotasdeInformacao/Paginas/comb20100416-1.aspx>.

<sup>154</sup> Assembleia da República, *Relatório da Comissão de Inquérito sobre a Situação Que Levou à Nacionalização do BPN e sobre a Supervisão Bancária Inerente*, 220.

<sup>155</sup> Nunca foram objeto de desmentido as notícias da autoria de Pedro Santos Guerreiro/João Vieira Pereira/Filipe Santos Costa, *Expresso* (2-ag.-2014), 3 (conhecimento tardio por parte da ASF de um penhor sobre ações de seguradora do grupo) e de Filipe Santos Costa/Pedro Santos Guerreiro/Elisabete Tavares, *Expresso* (9-ag.-2014) (conhecimento tardio por parte do Banco de Portugal do relatório de auditoria e conhecimento tardio da CMVM do processo de resolução).

Portugal reconheceu não ter informado a CMVM sobre uma determinação de 29 de julho de 2014 ao Banco para a apresentação de um plano de reestruturação em dois dias<sup>156</sup>.

Estes dados devem ser considerados de perto para um balanço atualizado do sistema institucional de supervisão. A verdade é que, de um lado, os referidos indícios de subaproveitamento do CNSF são propiciados pela reforma promovida pelo Decreto-Lei n.º 143/2013, de 18 de outubro, que se basta com uma periodicidade mínima trimestral de reuniões do CNSF (contrariamente ao regime progressivo, baseado em reuniões bimestrais), o que se revela insuficiente<sup>157</sup>. Por outro lado, os sinais de dificuldades de cooperação e de partilha informativa entre autoridades relacionam-se de modo direto com a resposta do modelo de supervisão perante três importantes testes e não podem ser ignorados.

IV – Outros fatores reclamam atenção. A um tempo, a integração entre os setores da banca, seguros e mercados continua a registar uma crescente acentuação<sup>158</sup>. Em decorrência deste quadro, a transversalidade das operações intersetoriais reclama soluções de cooperação mais estreita entre autoridades nacionais.

Soma-se que a necessidade de articulação com um número mais elevado de instituições europeias<sup>159</sup> aconselha que seja assegurada uma coesão absoluta do modelo vigente. Um estudo recente do Financial Stability Institute sobre as alterações institucionais verificadas no pós-crise, aliás, documenta uma tendência de fundo de maior concentração de poderes nas autoridades de supervisão<sup>160</sup>.

Além disso, a importância crítica e transversal da supervisão macroprudencial força uma convergência mais intensa de cooperação entre as autoridades de supervisão, dado que as instituições com relevo sistémico podem atuar na área da banca, do mercado de instrumentos financeiros ou no mercado segurador e de fundos de pensões<sup>161</sup>.

V – Por todos estes motivos, o apelo a uma reponderação séria do modelo de supervisão nacional torna-se mais premente. Não se crê que, ao menos numa fase imediata, tal deva implicar uma alteração do elenco de autoridades de supervisão nacionais; basta assegurar que os mecanismos de coordenação resultem significativamente robustecidos.

Adiantam-se algumas sugestões concretas. Desde logo, sem prejuízo das competências do BCE, os objetivos de uma reforma no modelo de supervisão devem envolver o reforço do

<sup>156</sup> Banco de Portugal, *Esclarecimento sobre comunicações à CMVM*, (23-out.-2014).

<sup>157</sup> Artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de setembro, após alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 143/2013, de 18 de outubro.

<sup>158</sup> Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*<sup>3</sup> (2016), 20-23.

<sup>159</sup> Cf. *supra*, 11.

<sup>160</sup> Daniel Calvo/ Juan Carlos Crisanto/ Stefan Hohl/Oscar Pascual Gutiérrez, *Financial supervisory architecture: what has changed after the crisis? Financial Stability Institute, FSI Insights* n. 8 (2018). Em comentário fundamentado a este estudo, Howard Davies (o primeiro **Presidente da Financial Services Authority britânica**) entendeu que o mesmo contém uma crítica velada aos modelos especializados, sustentando que o FSB deveria intervir diretamente nesta matéria a transmitir indicações sobre os modelos que são mais adequados (Howard Davies, *Was the financial crisis wasted?*, Guardian (30-ag.-2018).

<sup>161</sup> David Green, «*The relationship between micro-macro-prudential supervision and Central banking*», em Eddy Wymeersch/Klaus Hopt/Guido Ferrarini, *Financial Regulation and Supervision: a Post-Crisis Analysis*, Oxford (2012), 57-68.

Conselho Nacional de Supervisores Financeiros como estrutura de coordenação em caso de crises bancárias com impacto transversal. O respetivo regime jurídico ainda deveria passar a prever, ao lado da direção do Conselho, a constituição de colégios de supervisão, com vocação mais executiva, compostos por representantes das diversas autoridades para grupos com atividade em mais do que um subsetor financeiro<sup>162</sup>. Impor-se-ia ainda uma maior equiparação no estatuto e no financiamento das três autoridades de supervisão. Além disso, uma reformulação do modelo institucional de supervisão deveria incluir nomeadamente: a criação de mecanismos que possibilitem resolução de impasses decisórios no CNSF; a realização de reuniões do CNSF com periodicidade mínima mensal; e a constituição regular de equipas de supervisão mistas pelas autoridades de supervisão para grupos com atividade em mais do que um subsetor financeiro.

Entende-se, em suma, que um programa de ajustamentos legislativos deve ser traçado sem demoras. É há muito chegado o momento de se preparar, de se discutir e de se exigir um modelo de supervisão nacional mais adaptado ao atual sistema financeiro, mais eficaz e mais resiliente.

---

<sup>162</sup> Essa constitui uma prática dominante, como o comprova o relatório Bank for International Settlements/Joint Forum, *Report on supervisory colleges for financial conglomerates* (2014), 13.

**Apresentação *Power Point***

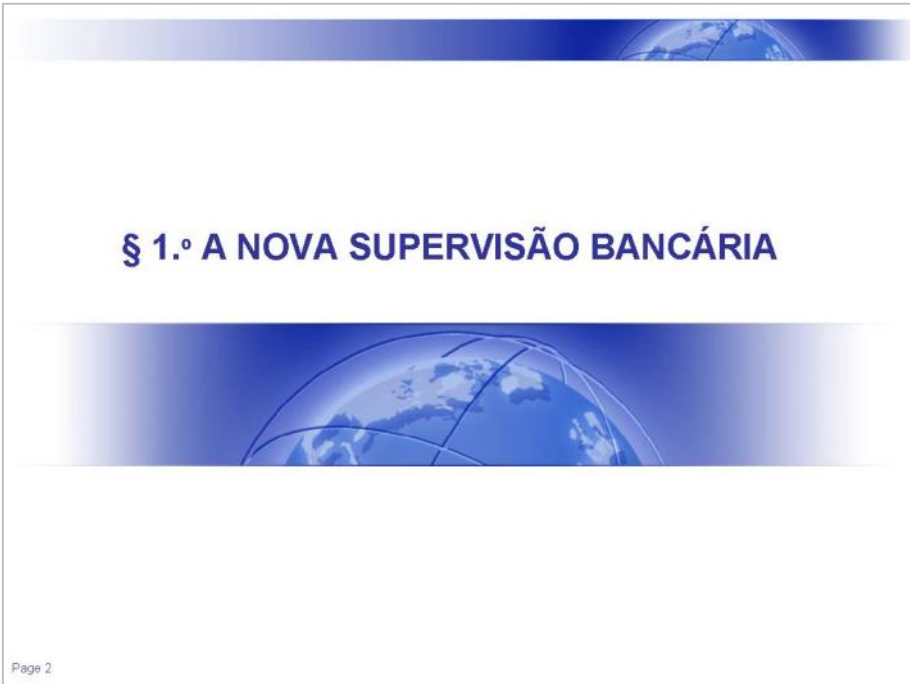


**O ENQUADRAMENTO NORMATIVO  
EUROPEU E NACIONAL DA SUPERVISÃO E  
DAS MEDIDAS DE RESOLUÇÃO  
APLICÁVEIS ÀS INSTITUIÇÕES DE  
CRÉDITO**

**Paulo Câmara**

*Sérvulo*  
Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

**Maio de 2018**



**§ 1.º A NOVA SUPERVISÃO BANCÁRIA**

Page 2

## • INTRODUÇÃO

A supervisão bancária tem atravessado uma intensa evolução na última década, seja em termos europeus, seja em termos nacionais.

As alterações legislativas e institucionais condicionam-se reciprocamente, tendo como pano de fundo o processo de desenvolvimento da União Bancária Europeia.

No seu todo, estas alterações provocaram uma renovação dos instrumentos de supervisão, um alargamento do âmbito da supervisão e modificações significativas à estrutura institucional envolvente.

Page 3

## A supervisão

Atividade administrativa de vigilância permanente de atos, pessoas e documentos, tendo em vista prevenir, detetar e perseguir ilícitos e evitar e remediar perturbações no sistema bancário.

Comporta duas vertentes essenciais:

- **supervisão *a priori***: registos e de autorizações de que depende o exercício de atividades profissionais no âmbito bancário e aprovação prévia de peças informativas
- **supervisão *a posteriori***: *acompanhamento dos atos praticados pelos operadores, para deteção e perseguição infracionatória de irregularidades ou de ilegalidades* .

Sujeitando-se embora ao princípio de proporcionalidade, a supervisão contínua constitui uma atividade a ser exercida, mesmo que não exista suspeita de irregularidade (dever de acompanhamento do BdP: art. 116.º/1 a) RGIC)

Page 4

## O Banco de Portugal

### Atribuições e competências:

- Funções de Banco Central – orientação da política monetária e cambial, hoje cometida ao Eurosistema
- Supervisão – diretamente e em acompanhamento do BCE, no âmbito do MUS
- Funções de promoção da literacia financeira
- Assegurar o sistema de informações da Central de responsabilidades de Crédito (Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de Outubro)
- Poderes sancionatórios
- Lei Orgânica do Banco de Portugal

Page 5

## A supervisão: modalidades

**Supervisão comportamental – observância dos deveres de conduta na relação de clientela**

**Supervisão prudencial, que se desdobra em:**

**Supervisão micro-prudencial – solvabilidade e liquidez de cada instituição**

**Supervisão macro-prudencial – prevenção e gestão do risco sistémico**

**Superintendência – poderes de exceção ligados ao equilíbrio do sistema financeiro (art. 91.º)**

Page 6



## A supervisão: princípios gerais

Princípio de legalidade

Exs:

Dever de fundamentação de actos administrativos

Dever de audiência prévia dos interessados

Princípio de proporcionalidade

Princípio de imparcialidade decisória

A supervisão contínua constitui uma actividade a ser exercida, mesmo que não exista suspeita de irregularidade

Page 7

## PRINCIPAIS TENDÊNCIAS

### **Sobrepeso regulatório e Intrusividade**

Regime do RGIC e de recapitalização bancária facultam poderosos instrumentos de intervenção em instituições de crédito.

### **Alargamento dos temas sob escrutínio**

Supervisão do governance e remunerações das instituições de crédito como exemplos centrais.

### **Multiestratificação normativa**

### **Influência crescente das instituições europeias**

Banco Central Europeu e European Banking Authority

Page 8



## 1. A UNIÃO BANCÁRIA EUROPEIA

Page 9

### ENQUADRAMENTO GERAL: A UNIÃO BANCÁRIA EUROPEIA

- As fundações da União Bancária Europeia foram lançadas na Comunicação da Comissão Europeia de 30 de maio de 2012 sobre Ação para Estabilidade, o Crescimento e o Emprego. Nesse documento, a União Bancária é apresentada como um instrumento de maior integração, com vista à plena realização da União Económica Monetária.
- A União Bancária Europeia configura um processo complexo e faseado e que postula, em etapas sucessivas:
  - Um **Mecanismo Único de Supervisão**, que entrou em pleno funcionamento a partir de 4 de novembro de 2014;
  - Um **Mecanismo Único de Resolução**, cujo Conselho Único de Resolução que iniciou funções plenas em 1 de janeiro de 2016; e
  - Um **Sistema Comum de Garantia de Depósitos**, ainda por finalizar.

Page 10

## MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO

- O Mecanismo Único de Supervisão assenta, a título principal, na transferência para o Banco Central Europeu de poderes de supervisão prudencial sobre instituições de crédito da zona euro ou de outro Estado-membro que pretenda aderir a este mecanismo.
- O Mecanismo integra o BCE e as autoridades nacionais de supervisão bancária: mas é bem claro que a responsabilidade pelo seu funcionamento eficaz e coerente compete ao BCE.

Page 11

## MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO: FONTES

- Regulamento do Conselho n.º 1024/2013, de 15 de outubro de 2013 (Regulamento do Mecanismo Único de Supervisão)
- Regulamento do BCE, de 16 de abril de 2014, que estabelece o quadro de cooperação, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, entre o BCE e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (Regulamento-Quadro do Mecanismo Único de Supervisão)
- Outros regulamentos do BCE. P ex: *Regulation to complete the requirements about how banks shall report supervisory financial information* (2014)

Page 12

### MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO: PODERES DO BCE

- a) Conceder e revogar a autorização a instituições de crédito;
- b) Relativamente às instituições de crédito estabelecidas num Estado-Membro participante que pretendam estabelecer uma sucursal ou prestar serviços transfronteiriços num Estado-Membro não participante, exercer as atribuições que incumbem à autoridade competente do Estado-Membro de origem;
- c) Apreciar as notificações de aquisição e alienação de participações qualificadas em instituições de crédito, exceto no caso da resolução bancária;
- d) Assegurar o cumprimento dos requisitos prudenciais às instituições de crédito, e divulgação pública de informações sobre essas matérias;
- e) Assegurar o cumprimento dos requisitos em matéria de governo das sociedades;
- f) Efetuar exercícios de revisão e avaliação pelo supervisor, incluindo, sempre que adequado em coordenação com a EBA, testes de esforço e a sua eventual divulgação, e impor requisitos adicionais em matéria de fundos próprios.

Page 13

### • MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO: PODERES DO BCE

- g) Exercer a supervisão em base consolidada das empresas-mãe das instituições de crédito estabelecidas num dos Estados-Membros participantes, incluindo as companhias financeiras e as companhias financeiras mistas, e participar na supervisão em base consolidada, incluindo nos colégios de supervisores;
- h) Participar na supervisão complementar de um conglomerado financeiro em relação às instituições de crédito que dele fazem parte e assumir as atribuições de coordenação quando o BCE for nomeado coordenador relativamente a um conglomerado financeiro;
- i) Exercer atribuições de supervisão no que respeita aos planos de recuperação e a uma intervenção precoce quando uma instituição de crédito ou grupo de que o BCE seja a autoridade responsável pela supervisão em base consolidada não satisfaz ou está em risco de infringir os requisitos prudenciais aplicáveis.

Page 14

### MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO: ÂMBITO

As instituições de crédito supervisionadas pelo BCE são, de modo direto, as instituições de crédito com caráter significativo. Estão ainda abrangidas as companhias financeiras, as companhias financeiras mistas e as sucursais – desde que, em todos os casos, assumam caráter significativo.

O caráter significativo, para este efeito, é aferido por recurso a quatro critérios:

- Dimensão;
- Importância para a economia da União ou da economia de algum dos Estados-membros;
- Relevância da atividade internacional;
- Assistência recebida do *European Financial Stability Fund* ou do *European Stability Mechanism*.

O BCE está habilitado, todavia, a estender os seus poderes a instituições de crédito que não tenham caráter significativo.

Page 15

### MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO: ÂMBITO E RESPONSABILIDADE

O Mecanismo:

- Envolve as autoridades de supervisão nacionais, que ficam vinculadas por deveres de cooperação perante o BCE.
- Pressupõe ainda a cooperação a estabelecer com as demais autoridades que compõem o Sistema Europeu de Supervisores Financeiros – designadamente a EBA e o ESRB.

A responsabilidade pelo seu funcionamento eficaz e coerente compete ao BCE.

Page 16

## UM MECANISMO APARENTEMENTE ÚNICO DE SUPERVISÃO

A partir da descrição antecedente, revela-se desajustada a qualificação deste Mecanismo como “único”, uma vez que é limitada a centralização de poderes que consuma.

Com efeito, o Mecanismo:

- i) Pressupõe a interação de diversas instituições - não prescindindo da atuação das autoridades de supervisão domésticas, embora com âmbito substancialmente mais reduzido;
- ii) Incide unicamente sobre competências de supervisão prudencial; e
- iii) Apenas cobre as instituições da zona euro e instituições de outros Estados aderentes.

Page 17

## RELAÇÕES ENTRE BCE E BANCO DE PORTUGAL

Atuação direta do BCE: se detetar alguma atuação ilícita ou se concluir pela necessidade de ajustamento urgente de natureza prudencial.

Exigências adicionais macroprudenciais, autorização e supervisão prévia de participações qualificadas: BdP elabora um projeto de decisão, a ser submetido ao BCE. Processo decisório referente ao projeto de decisão do BdP é sensivelmente comprimido, do ponto de vista temporal.

Restantes competências prudenciais: o espaço de atuação do BdP é ligeiramente mais dilatado, embora sob orientações do BCE.

Page 18



## RELAÇÕES ENTRE BCE E BANCO DE PORTUGAL

BCE pode em todo o caso:

- Decidir exercer diretamente os poderes de supervisão prudenciais e de investigação, após consulta à autoridade nacional competente
- Solicitar um projeto de decisão a ser preparado pela autoridade nacional.
- Transmitir instruções às autoridades nacionais se tal for necessário para dar cumprimento aos poderes de supervisão que lhe são conferidos ao abrigo do Mecanismo Único de Supervisão
- Receber diretamente denúncias de irregularidades, desde que realizadas de boa fé.

Além disso, as notificações sobre as matérias relacionadas com o Mecanismo devem ser submetidas diretamente ao BCE.

Page 19

## RELAÇÕES ENTRE BCE E BANCO DE PORTUGAL: O CASO DA ADEQUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES

Regime jurídico de supervisão da adequação dos administradores assenta em:

- Deveres de comunicação das instituições de crédito supervisionadas à autoridade nacional competente de qualquer alteração na titularidade de órgãos sociais e de qualquer novo facto que possa afetar ou ter impacto no juízo inicial de adequação de administradores.
- Deveres de comunicação das autoridades competentes nacionais ao BCE de alterações na composição dos órgãos sociais de instituições de crédito ou de outros factos relevantes nesta matéria.

Tal não impede a possibilidade de exercício pelo BCE das competências que são atribuídas às autoridades nacionais nesta matéria.

Page 20

### **ATOS DE SUPERVISÃO DO BCE**

Os atos decisórios do BCE:

- Devem ser submetidos a notificação prévia às instituições supervisionadas
- Seguem o idioma por estas escolhido e
- Estão sujeitos a escrutínio judicial junto do TJUE.

Page 21

### **MANUAL DE SUPERVISÃO DO BCE**

Princípios de supervisão do BCE:

- Utilização das melhores práticas
- Integração e descentralização
- Homogeneidade no quadro do MUS
- Coerência com o Mercado Único
- Independência e responsabilização
- Abordagem baseada no risco
- Proporcionalidade
- Níveis adequados de supervisão para toas as IC
- Medidas corretivas atempadas e eficazes.

Page 22



### SUPERVISORY REVIEW & EVALUATION PROCESS (SREP)

- Um sistema de avaliação de risco (RAS) para avaliar os níveis de risco e controlos das instituições;
- Uma revisão exaustiva dos processos de avaliação para adequação do capital interno (ICAAP) e liquidez (ILAAP) aplicada pela instituição;
- A metodologia para quantificação de capital e liquidez que tornará possível calcular as necessidades das instituições de crédito de capital e liquidez.
- Prioridades estratégicas: traçadas de 18 em 18 meses
- Planeamento operacional: da responsabilidade das equipas de supervisão conjuntas

Page 23

### OBJETIVOS DO MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO

- Acentuar a convergência no exercício das práticas de supervisão em termos europeus e designadamente reduzir o tratamento assimétrico a operadores nacionais (*country bias*) e anular as diferenças de exigência e de metodologia na concretização das práticas de supervisão;
- Redução dos problemas de coordenação em crises bancárias internacionais;
- Quebrar a correlação entre risco do Estado e risco dos bancos (*doom loop, diabolic loop*).

O cumprimento destes objetivos é testado de seguida.

Page 24

### SUPERVISÃO ÚNICA, REGULAÇÃO MÚLTIPLA: SINGLE RULEBOOK

Um dos pilares da União Bancária Europeia reside no reforço de harmonização legislativa entre os Estados-membros. O resultado deste esforço harmonizador é traduzido comumente através da expressão “*single Rulebook*”. O termo, porém, mostra-se excessivo.

A constituição de um Mecanismo Único de Supervisão acompanha uma etapa importante de crescente convergência legislativa na área bancária mas não encerra nem esgota este processo.

A designação, muito patente em documentos oficiais, de “Livro Único de Regulação” remete mais para um objetivo político-legislativo em construção do que para uma qualificação técnica de um ciclo de harmonização encerrado.

Page 25

### SUPERVISÃO ÚNICA, REGULAÇÃO MÚLTIPLA

- Direito bancário europeu assenta ainda em diversas diretivas (v.g. a CRD IV e a Diretiva de resolução bancária): persistem diferenças de regulação entre os Estados-membros
- Mesmo em Regulamentos europeus (v.g. no CRR) deteta-se um espaço considerável de flexibilidade confiada aos Estados-membros
- BCE como órgão aplicador do direito de cada Estado-membro em transposição das Diretivas: não garante convergência aplicativa.
- Convergência aplicativa do ponto de vista dos supervisores e dos *standard-setters* apenas será atingida com uma redução, e não com um aumento, de instituições de referência

Page 26

### PROBLEMAS COLOCADOS PELO ÂMBITO MATERIAL E GEOGRÁFICO

- Mecanismo deixa de fora diversas instituições que podem apresentar risco sistémico
- Possível fragmentação na supervisão de grupos bancários que incluam instituições fora da zona euro
- Problemas de coordenação institucional podem, assim, persistir – sobretudo em crises inter-setoriais e que envolvam países fora da zona euro.

Page 27

### PERSISTÊNCIA DO RISCO DE CONTÁGIO

O balanço dos bancos pode ainda expor-se a dívida pública do Estado da sua sede, particularmente em períodos de crise da dívida soberana, como a que assistimos recentemente na Europa.

Este dado, aliás, foi já diretamente reconhecido pelo Banco de Portugal, que admite subsistir um *risco de enviesamento doméstico no balanço dos bancos*.

Page 28

## A DIVISÃO ENTRE SUPERVISÃO PRUDENCIAL E COMPORTAMENTAL

Estas áreas não são rigorosamente auto-excludentes e admitem uma sua sobreposição. Os deveres organizativos e de informação, por exemplo, podem servir finalidades prudenciais e de conduta.

Bancos portugueses significativos passam a ser supervisionados pelo Banco Central Europeu quanto a temas prudenciais e pelo Banco de Portugal no âmbito da supervisão comportamental bancária.

Esta divisão reforça a importância da cooperação entre o BCE e as autoridades competentes nacionais.

Page 29

## UMA ESTRUTURA INSTITUCIONAL COMPLEXA

O Mecanismo assenta em larga parte, como indicado, em deveres de cooperação com as autoridades nacionais, cujo cumprimento pode revelar-se falível em momentos de crise bancária aguda.

O BCE, além disso, tem poderes de regulação mas é autoridade prudencial sujeita às orientações e recomendações da EBA.

Recorde-se, além disso, permanecerem em funções das demais instituições integrantes do Sistema Europeu de Supervisores Financeiros (EBA, ESMA, EIOPA, ESRB e autoridades nacionais).

A descrita complexidade institucional tornou-se mais acentuada com a entrada em vigor do Mecanismo Único de Resolução.

Page 30

## 2. O CONTEXTO NACIONAL

Page 31

### **COOPERAÇÃO INTER-INSTITUCIONAL E CONSELHO NACIONAL DE SUPERVISORES FINANCEIROS**

Modelo português de supervisão assenta na especialização dos supervisores (BdP, CMVM, ISP) e na cooperação entre si;

Nos casos BPN e BES, houve explícitas reclamações de défice de cooperação inter-institucional;

CNSF constituído em 2000 para exercer funções de coordenação;

CNSF presta contas através de relatório anual (antes quadrianual – ex: 2000-2004);

Ausência de poderes vinculativos formais sobre qualquer das autoridades tornam modelo mais fragilizado e duvidosamente apto em momentos de crise financeira aguda.

Page 32



## ARQUITETURA NACIONAL DAS AUTORIDADES DE SUPERVISÃO: A CONSULTA PÚBLICA DE 2010

Tema da arquitectura institucional da supervisão financeira nacional foi submetido a consulta pública através do Ministério das Finanças em 2010. A proposta apresentada foi de passar o sistema de supervisão a adoptar uma estrutura dual (*twin peaks*).

Segundo este projecto, o Banco de Portugal ficaria encarregue de toda a supervisão prudencial das instituições e mercados financeiros – sendo a supervisão comportamental confiada a uma nova autoridade de supervisão.

Foi ainda proposto alargar o mandato do Conselho Nacional de Estabilidade Financeira, composto pelos supervisores financeiros sob a presidência do Ministério das Finanças, para que este Conselho assegurasse, em termos robustecidos, as tarefas de supervisão macro-prudencial do sistema financeiro.

Proposta foi suspensa, mas tema não ficou encerrado.

Page 33

## Arquitetura nacional das autoridades de supervisão: as propostas de 2017

Relatório de setembro de 2017 coordenado por Carlos Tavares

propôs:

- (i) **Manutenção dos três supervisores existentes, com os necessários ajustamentos na respetiva repartição de funções;**
- (ii) **Atribuição das funções de autoridade nacional de resolução a uma entidade distinta do BdP Conselho de Supervisão e Estabilidade Financeira (CSEF) ;**
- (iii) **Atribuição de funções de coordenação de regulação e troca de informações de supervisão micro prudencial e da função de autoridade macroprudencial a uma nova entidade (CSEF), a criar em substituição do CNSF.**

Page 34 Paulo Câmara @2017

## A NECESSIDADE DE REAVLIAÇÃO DO MODELO INSTITUCIONAL

Várias circunstâncias aconselham que se inicie uma revisão do modelo institucional adotado:

- Transversalidade das operações inter-setoriais reclama soluções de cooperação mais estreita entre autoridades nacionais;
- Necessidade de articulação com maior número de instituições europeias aconselha coesão absoluta do modelo vigente;
- Importância crítica e transversal da supervisão macro-prudencial;
- Apelo para porta de entrada única na supervisão nacional torna-se mais premente.

Page 35

## A NECESSIDADE DE REAVLIAÇÃO DO MODELO INSTITUCIONAL

Desde logo, sem prejuízo das competências do BCE, os objetivos de uma reforma no modelo de supervisão devem envolver o **reforço do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros como estrutura de coordenação em caso de crises bancárias** com impacto transversal. O respetivo regime jurídico ainda deveria passar a prever, ao lado da direção do Conselho, a constituição de **colégios de supervisão**, com vocação mais executiva, compostos por representantes das diversas autoridades para grupos com atividade em mais do que um subsetor financeiro. Além disso, uma reformulação do modelo institucional de supervisão deveria incluir nomeadamente: a criação de mecanismos que possibilitem **resolução de impasses decisórios no CNSF**; a realização de reuniões do CNSF com periodicidade mínima mensal; e a constituição regular de **equipas de supervisão mistas** pelas autoridades de supervisão para grupos com atividade em mais do que um subsetor financeiro.

Page 36



### 3. SÍNTESE FINAL

Page 37

#### **BALANÇO**

Esta alteração na arquitetura de supervisão bancária europeia ocorre praticamente em simultâneo com a aprovação de diplomas bancários estruturantes (*inter alia*, CRD IV, CRR, BRRD) cujos testes aplicativos iniciais decorreram já sob os auspícios do Mecanismo Único Europeu.

A coincidência temporal entre alterações materiais e institucionais bancárias na Europa exponencia as dificuldades práticas que o processo enfrentará no futuro próximo.

De resto, a União Bancária Europeia consubstancia um processo gradual no qual os objetivos últimos visados – *máxime*, a anulação do risco de influência entre Estados-membros e os bancos – apenas serão aproveitados quando o termo do processo for atingido.

Page 38

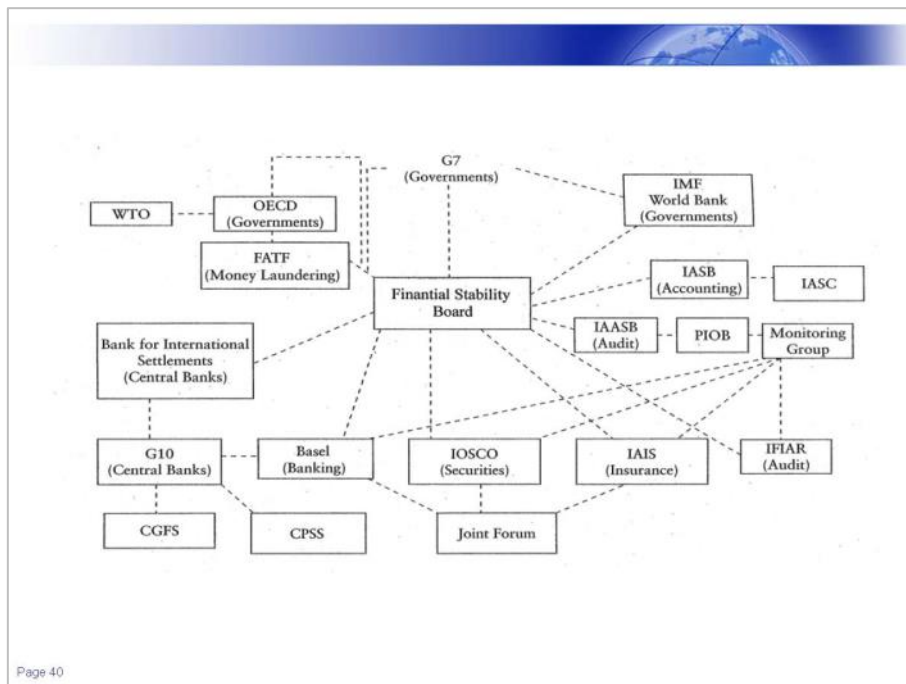
## BALANÇO

O Mecanismo assenta em larga escala em processos de cooperação entre o BCE e demais as autoridades que integram o Sistema Europeu de Supervisores Financeiros, o balanço a efetuar depende muito de como estes processos serão conduzidos e aplicados na prática.

O quadro legislativo entrado em vigor, de resto, prevê uma revisão.

Antecipa-se, em todo o caso, que uma reformulação futura do quadro instituído deve privilegiar sempre uma simplificação institucional como condição da eficiência operativa ambicionada.

Page 39



## SÍNTESE

A estrutura institucional europeia assenta na existência e articulação das seguintes instituições:

- O Banco Central Europeu, que além de autoridade monetária é autoridade de supervisão na zona euro;
- O Conselho Único de Resolução ;
- O Conselho Europeu de Risco Sistémico (*European Systemic Risk Board*);
- As três autoridades europeias de regulação, coletivamente designadas European Supervisory Authorities: a *European Securities and Markets Authority* (ESMA), a *European Banking Authority* (EBA) e a *EIOPA*;
- As autoridades nacionais de supervisão, interligadas num Sistema Europeu de Supervisores Financeiros (*European System of Financial Supervisors*).

Seria importante atingir uma redução de instituições europeias na área financeira; mas os desenvolvimentos recentes não apontam nesse sentido.

Page 41

## SÍNTESE

No plano infra-jurídico, as relações entre banca, mercados de instrumentos financeiros e seguros são cada vez mais intensas.

Porém...

A União Bancária Europeia é um projeto ainda incompleto e que aumentou a complexidade do sistema institucional.

Projeto da União de Mercados de Capitais é ainda muito aberto e não reduziu o caudal de regulação.

Atraso no setor dos seguros é ainda maior – apesar do salto qualitativo registado com Solvência II.

Page 42

## SÍNTESE

Uma União Financeira Europeia constitui um objetivo importante, a longo prazo.

A maior utilização de Regulamentos europeus favorece convergência legislativa mas falar em Single Rulebook afigura-se ainda desadequado.

Por seu turno, o quadro institucional é ainda bastante fragmentário e insatisfatório. Na fase atual são sentidos os efeitos decorrentes da perda de soberania – materializados, entre nós, na redução importante de competências prudenciais do Banco de Portugal -, mas não são aproveitadas todas as vantagens de uma integração inteiramente centralizada.

Para um progresso efetivo do sistema institucional europeu é necessário ultrapassar as limitações do Tratado Europeu e reunir uma maior convergência por parte dos decisores políticos.

Page 43

## § 2.º Resolução e titulares de instrumentos financeiros

## I. Resolução de instituições de crédito: elementos gerais

Page 45

### O sistema de fontes

Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014, sobre recuperação e resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento (BDDR)

Regulamento (EU) 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014, sobre Mecanismo Único de Resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento (Regulamento MUR)

RGIC: sobretudo artigos 139-ss e 153.º-B-153.º-U (FdR)

Lei 69/2017, de 11 de agosto

Portaria n.º 343-A/2017

Aviso do Banco de Portugal n.º 14/2014

Instrução do Banco de Portugal n.º 6/2013

Paulo Câmara ©2018

Page 46

## Mecanismo Único de Resolução

O MUR compreende:

- Uma autoridade de resolução única, o Conselho Único de Resolução (CUR), e
- Um mecanismo comum para o financiamento de medidas de resolução, o Fundo Único de Resolução (FUR), financiado por contribuições das próprias instituições participantes.

Paulo Câmara ©2018

Page 47

## O sistema de fontes: regime europeu vs regime nacional

Para instituições de crédito significativas, aplica-se o Regulamento (EU) 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014, sobre Mecanismo Único de Resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento e restante material normativo complementar

Para as restantes, tem aplicação subsidiária o RGIC e restante material normativo complementar (art. 7/3 Regulamento MUR)

Note-se porém que o Conselho Único de Resolução pode exercer diretamente as competências mesmo em relação a instituições não significativas, caso em que se aplica o regime europeu

Paulo Câmara ©2018

Page 48



## Deficiente sistematização do RGIC

O regime nacional é concentrado nos artigos 145-C a 153.º-U RGIC mas padece de falhas de sistematização.

Quadro normativo contém duas partes gerais:

- 139 e 140 RGIC
- 145.º-AV a 153.º-A

Paulo Câmara ©2018

Page 49

## Prevenção e planos de resolução (living wills)

No plano preventivo foram criados dois deveres autónomos mas interligados:

De um lado, é estabelecido um dever de apresentação de um **plano de recuperação**, que visa a correção oportuna de desequilíbrios financeiros ou de risco que tais desequilíbrios ocorram.

De outro lado, consagrou-se um dever de elaboração pelo BdP de um **plano de resolução**, com o objetivo de assegurar uma resolução ordenada, caso a pretendida recuperação não seja alcançada (artigos 116.º-J-ss).

Paulo Câmara ©2018

Page 50



## Concretizações excecionalmente intrusivas da supervisão

O Banco de Portugal:

- No âmbito das medidas corretivas, pode impor uma limitação da atividade bancária (artigo 116.º-C/1 d) RGIC);
- No âmbito de processos de resolução, pode impor a alienação de ativos de bancos (artigo 145.º-M RGIC) ou a sua transferência para um banco de transição (artigo 145.º-O RGIC);
- No âmbito da avaliação de resolubilidade, goza a competência para exigir a alienação de ativos específicos (artigo 116.º-P/4. d) RGIC);
- Pode opor-se à celebração de contrato de apoio financeiro intra-grupo (artigo 116.º-X/1 RGIC).

Paulo Câmara ©2018  
Page 51

## Pressupostos das medidas de resolução:

- a) Uma instituição de crédito esteja em risco ou em situação de insolvência de acordo com declaração do BdP;
  - b) Não seja previsível que a situação de insolvência seja evitada num prazo razoável através do recurso a medidas executadas pela própria instituição de crédito, da aplicação de medidas de intervenção corretiva ou do exercício dos poderes de redução ou de conversão de instrumentos de fundos próprios previstos no artigo 145.º-I;
- Artigo 145.º-E/2

Page 52

### **Pressupostos das medidas de resolução:**

- c) As medidas de resolução sejam necessárias e proporcionais à prossecução de alguma das finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C;
  - d) A entrada em liquidação da instituição de crédito, por força da revogação da autorização para o exercício da sua atividade, não permita atingir com maior eficácia as finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C.1
- Artigo 145.º-E/2

Resolução deve ser última solução, sujeita aos princípios de necessidade e proporcionalidade, embora possa não ser precedida por medidas de cariz mais preventivo (arts 140.º e 145.º-E/4).

Page 54 Paulo Câmara ©2018

### **Medidas de resolução:**

Autoridade de resolução pode optar por:

- Alienação parcial ou total da atividade;
- Transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição;
- Segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos;
- Recapitalização interna

Artigo 145.º-E/1

Paulo Câmara ©2018

Page 54

## Alienação de atividade:

|   |         |
|---|---------|
| Alienação parcial ou total pode envolver ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição e a titularidade das ações ou outros títulos representativos do seu capital social  | 145-M/1 |
| Alienação de diferentes conjuntos de direitos e obrigações ou de ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução pode ser feita a mais do que um adquirente   | 145-M/6 |
| Retransfer power: BdP pode devolver à instituição de crédito objeto de resolução direitos e obrigações que haviam sido alienados a um adquirente, mediante autorização deste, ou devolver a titularidade de ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução aos respetivos titulares no momento da decisão prevista no n.º 1 do artigo anterior, não podendo a instituição de crédito objeto de resolução ou aqueles titulares opor-se a essa devolução e procedendo-se, se necessário, ao acerto da contrapartida fixada no momento da alienação | 145-N/3 |

Page 55

## Alienação de atividade:

O produto da alienação reverte para:

- a) Os acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, caso a alienação tenha sido efetuada através da alienação da titularidade das ações ou de títulos representativos do seu capital social;
- b) A instituição de crédito objeto de resolução, caso a alienação tenha sido realizada através da alienação de parte ou da totalidade de direitos e obrigações.

Paulo Câmara ©2018

Page 56

## Banco de transição:

Transferência parcial ou total de direitos e obrigações de uma instituição de crédito, que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, e a transferência da titularidade das ações ou de outros títulos representativos do seu capital social para instituições de transição para o efeito constituídas, com o objetivo de permitir a sua posterior alienação

145-  
O/1

Paulo Câmara ©2018

Page 57

## Banco de transição:

Após a transferência, o Banco de Portugal pode, a todo o tempo:

- a) Transferir direitos e obrigações da instituição de transição para um veículo de gestão de ativos;
- b) Transferir outros direitos e obrigações e a titularidade de ações ou de títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução para a instituição de transição;
- c) Devolver à instituição de crédito objeto de resolução direitos e obrigações que haviam sido transferidos para a instituição de transição ou devolver a titularidade de ações ou de títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução aos respetivos titulares no momento da deliberação prevista no n.º 1 do artigo 145.º-P, não podendo a instituição de crédito objeto de resolução ou aqueles titulares opor-se a essa devolução (re-transfer)

Paulo Câmara ©2018

Page 58



## Bail-in/ Recapitalização interna:

Redução do valor nominal dos créditos que constituam passivos da instituição de crédito objeto de resolução que não sejam instrumentos de fundos próprios e que não estejam excluídos da aplicação da medida de recapitalização interna;

Aumento do capital social por conversão dos créditos elegíveis mediante a emissão de ações ordinárias ou títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução.

Paulo Câmara ©2018

Page 59

## Bail-in: Créditos excluídos

a) Depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos; b) **Créditos que beneficiem de garantias reais**; c) Créditos de instituições de crédito e de empresas de investimento; d) Créditos cujo vencimento ocorrerá em menos de sete dias, sobre sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários, aos seus operadores ou aos seus participantes, decorrentes da participação nesses sistemas; e) Créditos de trabalhadores, com exceção da componente variável da remuneração não regulamentada por convenções coletivas de trabalho, salvo a componente variável da remuneração dos responsáveis pela assunção de riscos significativos identificados no artigo 115.º-C; f) Créditos de prestadores de bens e serviços considerados estratégicos para o funcionamento corrente da instituição de crédito, incluindo serviços informáticos, serviços de utilidade pública e o arrendamento, reparação e manutenção de instalações; g) Créditos por impostos do Estado e das autarquias locais que gozem de privilégio creditório; h) Créditos do Fundo de Garantia de Depósitos relativos ao pagamento das contribuições.

Page 60

## Bail-in: Diversidade de manifestações

- Pedro Machado: The formidable array of powers vested with resolution authorities, when resorting to bail-in, is a manifestation of an almost unlimited ability of depriving private interests and claims of patrimonial meaning for financing resolutions and attaining public goals related to systemic stability and State budgetary protection.

Paulo Câmara ©2018

Page 61

## II. Resolução e direitos dos investidores

Page 62

## A afetação dos direitos dos titulares de instrumentos financeiros

- Regime jurídico internacional da resolução procura evitar que haja um sacrifício do investimento público (Bail-Out)
- Tal é atingido à custa de uma afetação mais profunda dos interesses dos investidores das instituições sob resolução
- As autoridades de supervisão são investidas em poderes decisórios nesta matéria
- Posição jurídica dos investidores é afetada em termos diferenciados, que variam em função do tipo de instrumento financeiro em causa.

Paulo Câmara @2018

Page 63

## Finalidade da resolução não inclui proteção dos direitos dos titulares de instrumentos financeiros (145.º-C/1)

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

Paulo Câmara @2018

Page 64



## Os tipos de instrumentos financeiros

- DSI e, de modo mais acentuado, DMIF ampliaram objeto da regulação, trazendo para o centro o Instrumento financeiro, que abrange:
  - Valores mobiliários
  - Instrumentos do mercado monetário
  - Instrumentos financeiros derivados
  - Licenças de emissão

São categorias parcialmente justapostas, dado que a lei admite Derivados que são VM (warrants e certificados, p. ex.) e outros que o não são.

Paulo Câmara ©2018

Page 65

## Indicação de sequência

Seguidamente, a análise considera separadamente:

- Acionistas
- Obrigacionistas
- Participantes em Fundos de Investimento (OIC)
- Clientes em serviço de gestão de carteiras
- Titulares de posições jurídicas fundadas em contratos de Derivados

Paulo Câmara ©2018

Page 66

## Adequação dos Acionistas

O processo de autorização de instituições de crédito supõe a identificação dos acionistas fundadores, e uma *exposição fundamentada sobre a adequação da estrutura acionista à estabilidade da instituição de crédito* (art. 17.º, n.ºs 1 e 4 RGIC)

Paralelamente, é estabelecido um regime exigente de fiscalização, prévia e permanente, da adequação dos acionistas (art. 102.º-ss RGIC).

Paulo Câmara ©2018

Page 67

## Adequação dos Acionistas

- *Processo subjacente*: adequação dos accionistas qualificados está ligada ao processo de registo junto do Banco de Portugal (art. 66.º, g) e h) RGIC).
- *Patologia do regime*: falta de adequação pode legitimar a recusa de autorização ou de registo (art. 20.º, n.º 1, d), art. 69.º, n.º 4 e art. 72.º e) RGIC). Quanto aos accionistas qualificados, sublinhe-se a existência de um duplo dever de comunicação (prévio e subsequente), que se liga à possibilidade de o Banco de Portugal manifestar a sua oposição (art. 103.º RGIC). Declarada a inidoneidade de accionista, verifica-se a cominação de inibição de direitos de voto nos casos do art. 105., n.º 1 RGIC e a subsequente anulabilidade das deliberações em que este tenha participado

Paulo Câmara ©2018

Page 68

## Impacto da resolução nos acionistas

Regime bancário prevê em geral diversas restrições aos direitos dos acionistas

- Quando a situação de uma instituição de crédito o justifique, o Banco de Portugal pode recomendar aos acionistas que lhe prestem o apoio financeiro que seja adequado (119.º).
- Instituições têm o dever de comunicar ao BdP as dificuldades na disponibilização de fundos por parte dos acionistas para efeitos de realização de um aumento do capital social, quando este seja necessário ou conveniente para dar cumprimento a requisitos legais ou regulamentares (116.º-Z/2.f)

Paulo Câmara ©2018

Page 69

## Impacto da resolução nos acionistas

- Regime de intervenção corretiva pode impor a limitação ou proibição do pagamentos de juros ou dividendos por uma instituição de crédito aos acionistas ou titulares de instrumentos de fundos próprios adicionais de nível 1 ainda que a proibição não constitua um evento de incumprimento (116.-C/2.h)
- Exceção: Art. 116.º-U RGIC, que prevê aprovação da proposta de contrato de apoio financeiro intragrupo pelos acionistas das instituições financiadoras e financiadas

Paulo Câmara ©2018

Page 70

## Impacto da resolução nos acionistas

- Regime da resolução impõe limitações importantes aos direitos dos acionistas e aos poderes decisórios dos órgãos sociais
- Princípio geral é enunciado no Artigo 145.º-D n.º 2: Os acionistas da instituição de crédito objeto de resolução suportam prioritariamente os prejuízos da instituição em causa

Paulo Câmara ©2018

Page 71

## Impacto da resolução nos acionistas: no shareholder or creditor worse off

- Nenhum acionista ou credor da instituição de crédito objeto de resolução pode suportar um prejuízo superior ao que suportaria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação
- 145.º-H/14: Caso a avaliação realizada determine que os acionistas, os credores, o Fundo de Garantia de Depósitos ou o Fundo de Garantia do Crédito de Agrícola Mútuo suportaram um prejuízo superior ao que suportariam caso não tivesse sido aplicada a medida de resolução e a instituição de crédito objeto de resolução entrasse em liquidação no momento em que aquela foi aplicada, **têm os mesmos direito a receber essa diferença do Fundo de Resolução.**

Paulo Câmara ©2018

Page 72

Proteção assegurada por este princípio é meramente indemnizatória: não põe em crise a medida adotada

### **Impacto da resolução nos acionistas (145.º-I)**

1 - O Banco de Portugal pode exercer os seguintes poderes:

- a) Redução do capital social por amortização ou por redução do valor nominal das ações ou títulos representativos do capital social de uma instituição de crédito;
- b) Supressão do valor nominal das ações representativas do capital social de uma instituição de crédito;
- c) Redução do valor nominal dos créditos resultantes da titularidade dos restantes instrumentos financeiros ou contratos que sejam, ou tenham sido em algum momento, elegíveis para os fundos próprios da instituição de crédito de acordo com a legislação e a regulamentação aplicáveis;
- d) Aumento do capital social por conversão dos créditos referidos na alínea anterior mediante a emissão de ações ordinárias ou títulos representativos do capital social da instituição de crédito.

Page 73

### **Impacto da resolução nos obrigacionistas**

Embora sejam ambos titulares de posições creditícias, o tratamento dos obrigacionistas é claramente diferenciado e mais frágil em relação à proteção assegurada aos depositantes.

Art. 166.º-A/1: Os créditos por depósitos abrangidos pela garantia do Fundo, dentro do limite previsto no artigo 166.º, gozam de privilégio geral sobre os bens móveis da instituição depositária e de privilégio especial sobre os imóveis próprios da mesma instituição de crédito.

Paulo Câmara @2018

Page 74



## Impacto da resolução nos obrigacionistas

Na aplicação de medidas de resolução:

- a) Os acionistas da instituição de crédito objeto de resolução suportam prioritariamente os prejuízos da instituição em causa;
- **b) Os credores da instituição de crédito objeto de resolução suportam de seguida, e em condições equitativas, os prejuízos da instituição em causa, de acordo com a graduação dos seus créditos;**
- d) Os depositantes não suportam prejuízos relativamente aos depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos nos termos do disposto no artigo 166.º.

Paulo Câmara ©2018

Page 75

## Impacto da resolução nos obrigacionistas: a BDDR

Considerando 47: os credores de uma mesma categoria são tratados de forma equitativa.

Artigo 34.º, n.º 1 f): Salvo disposto em contrário na presente diretiva, os credores de uma mesma categoria são tratados de forma **equitativa**;

Mesma expressão: ESP (equitativo), UK (equitable)

Traduções diversas: DE (in gleicher Weise), FR (traités sur un pied d'égalité), IT (ricevono pari trattamento)

Paulo Câmara ©2018

Page 76

## Impacto da resolução nos obrigacionistas

Opção de transposição goza de implicações relevantes.

Princípio de tratamento **equitativo** não equivale ao princípio de igual tratamento e abre a porta a proteções diferenciadas entre obrigacionistas.

Pode nomeadamente haver tratamento mais severo para investidores profissionais fundado nesta cláusula geral.

Ex: maior redução no crédito/ imputação ou re-imputação a bad bank vs good bank (banco de transição)

Paulo Câmara @2018

Page 77

## Impacto da resolução nos obrigacionistas

A extensão de casos de investidores com danos provocados pelo papel comercial emitido pelo GES conduziu à adoção de uma solução suavizadora a situação dos lesados.

Trata-se dos Fundos de Recuperação de Créditos, tratados pela Lei 69/2017, de 11 de agosto e Portaria n.º 343-A/2017, e adiante analisados.

Paulo Câmara @2018

Page 78



## Impacto da resolução nos obrigacionistas:

DIRETIVA (UE) 2017/2399 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 12 de dezembro de 2017

Têm a mesma posição de prioridade, que é mais elevada do que a posição dos créditos dos credores ordinários não garantidos: i) a parte dos depósitos elegíveis das pessoas singulares e das micro, pequenas e médias empresas que exceda o nível de cobertura previsto no artigo 6.o da Diretiva 2014/49/UE, ii) os depósitos que seriam depósitos elegíveis das pessoas singulares e das micro, pequenas e médias empresas não fora o facto de terem sido efetuados através de sucursais situadas fora da União de instituições estabelecidas na União; b) Têm a mesma posição de prioridade, que é mais elevada do que a posição prevista na alínea a): i) os depósitos cobertos, ii) os sistemas de garantia de depósitos que ficam sub-rogados nos direitos e nas obrigações dos depositantes cobertos em caso de insolvência.

Paulo Câmara ©2018

Page 79

## Impacto da resolução nos obrigacionistas:

DIRETIVA (UE) 2017/2399 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 12 de dezembro de 2017

Os créditos ordinários não garantidos têm, no respetivo direito nacional que rege os processos normais de insolvência, uma posição de prioridade mais elevada do que a dos créditos não garantidos resultantes de instrumentos de dívida que satisfaçam as seguintes condições: a) O prazo de vencimento contratual inicial dos instrumentos de dívida é de pelo menos um ano; b) Os instrumentos de dívida não contêm derivados embutidos e não são eles próprios derivados; c) A documentação contratual relevante e, se aplicável, o prospeto relativos à emissão mencionam expressamente a posição inferior nos termos do presente número.

Regime de dívida sénior não privilegiada confere maior flexibilidade nas emissões

Paulo Câmara ©2018

Page 80

## Impacto da resolução nos fundos de investimento

A resolução não deve afetar os fundos de investimento geridos pela entidade sujeita às medidas de resolução, dado que a gestora não é titular do património gerido.

A decisão de resolução pode porém determinar a necessidade de transferência da entidade gestora.

O mesmo vale, mutatis mutandis, para contratos de gestão discricionária de carteiras.

Recorde-se o art. 145.º-C/1e)

Paulo Câmara @2018

Page 61

## Impacto da resolução nos derivados

**ISDA Resolution Stay Protocol:** amending ISDA Master Agreements for over-the-counter (OTC) bilateral derivatives to improve the effectiveness of cross-border resolution actions. The coverage of the Protocol has now been extended to securities finance transaction master agreements. 5 Under the Protocol, counterparties agree to the cross-border enforceability of existing statutory stays on resolution-related early termination and other default rights in OTC bilateral derivatives contracts and securities financing agreements. This facilitates an orderly resolution of a G-SIB in a manner that treats domestic and foreign counterparties similarly, while helping to ensure continuity of critical functions and minimising the wider impact on the market.

Paulo Câmara @2018

Page 82

## Impacto da resolução nos derivados

- Os poderes previstos nos n.os 1 e 2 do artigo 145.º-U (bail-in) só podem ser aplicados a um crédito perante a instituição de crédito decorrente de um instrumento financeiro derivado após a sua liquidação (art. 145.º-V/5)
- O Banco de Portugal pode determinar o vencimento e respetiva liquidação de qualquer instrumento financeiro derivado com vista à aplicação dos poderes previstos nos n.os 1 e 2 do artigo 145.º-U (bail-in) (art. 145.º-V/6).

Paulo Câmara ©2018

Page 83

## Impacto da resolução nos derivados

Caso os instrumentos financeiros derivados estejam abrangidos por uma convenção de compensação e de novação (netting agreement), o Banco de Portugal ou a entidade independente designada nos termos do disposto no artigo 145.º-H, determina o crédito resultante da liquidação desses instrumentos de acordo com as cláusulas da respetiva convenção (art. 145.º-V/6).

As obrigações emergentes de instrumentos financeiros derivados são incluídas no total dos passivos se os direitos de compensação e de novação da contraparte estiverem plenamente reconhecidos (art. 145.º-Y/2).

Paulo Câmara ©2018

Page 84

## **Impacto da resolução nos derivados**

Banco de Portugal pode liquidar e extinguir contratos financeiros ou contratos de derivados para efeitos da aplicação dos n.ºs 5 a 8 do artigo 145.º-V no âmbito do regime de bail-in (art. 145.º-AB/2);

Paulo Câmara ©2018

Page 85

## **III. Resolução e fundo de recuperação de créditos**

Page 86



## Fundo de recuperação de créditos - conceito

Fundos que visem a recuperação de créditos detidos por investidores não qualificados emergentes ou relacionados com a subscrição de valores mobiliários representativos de dívida, sujeitos à lei portuguesa, ou comercializados em território português, desde que:

- a) Os instrumentos financeiros em causa tenham sido comercializados por instituição de crédito que posteriormente tenha sido objeto de medidas de resolução, ou por entidades que com esta se encontrassem em relação de domínio ou de grupo;
- b) O emitente dos instrumentos financeiros em causa estivesse insolvente ou em difícil situação financeira à data da comercialização;
- c) A informação referida na alínea anterior não constasse dos documentos informativos disponibilizados aos investidores, ou exista prova da violação dos deveres de intermediação financeira pela entidade comercializadora;
- d) Existam indícios ou outros elementos de acordo com os quais as entidades que comercializaram os instrumentos financeiros em causa possam ser responsabilizadas pela satisfação daqueles créditos.

Page 67

## Fundo de recuperação de créditos - objetivo

«Fundos de recuperação de créditos» são os patrimónios autónomos pertencentes, no regime especial de comunhão regulado na presente lei, a uma pluralidade de pessoas, singulares ou coletivas, e que têm como exclusiva finalidade a aquisição dos créditos a que se refere o artigo anterior, ainda que contingentes ou futuros, com vista a potenciar a sua recuperação e mitigar as perdas sofridas pelos investidores que deles sejam titulares, inclusiva e continuamente, desde a data da medida de resolução aplicada à instituição de crédito em causa.

Paulo Câmara @2018

Page 68

## Fundo de recuperação de créditos

Quando se afigure indispensável à obtenção de financiamento, o fundo de recuperação de créditos pode beneficiar de:

- garantia pessoal do Estado, assegurando aos bancos financiadores o reembolso do crédito e o pagamento dos respetivos juros emergentes dos contratos de financiamento para o fundo de recuperação de créditos.
- a satisfação dos créditos pecuniários correspondentes pelo Estado.

A prestação das garantias referidas tem unicamente em vista viabilizar a recuperação de créditos detidos por investidores não qualificados ao abrigo de instrumentos de dívida emitidos por entidades que tenham vindo a revelar -se insolventes ou em difícil situação financeira

Artigo 71.º da Lei 69/2017, de 11 de agosto e Portaria n.º 343-A/2017

Paulo Câmara ©2018

Page 89

## IV. O debate sobre autoridade nacional de resolução

Page 90



## Relatório Tavares (2017)

As funções da autoridade nacional de resolução previstas na BRRD devem ser confiadas a uma nova entidade (CSEF) a quem, nessa qualidade e em articulação com o Banco de Portugal, cabe exercer aquelas funções e tomar as decisões relacionadas com a resolução.

As funções de autoridade nacional de resolução, bem como as competências em matérias de reestruturação e recapitalização de instituições de 39 crédito devem caber a um departamento autónomo do CSEF, dirigido por um dos seus administradores executivos, sem prejuízo das competências e responsabilidades do Conselho de Administração do CSEF pelas decisões que não caibam num conceito de gestão corrente.

Paulo Câmara @2018

Page 91

## Posição do Banco de Portugal (Nov.2017)

Banco de Portugal prefere antes um modelo assente **na criação de uma Autoridade Nacional de Resolução autónoma**, entidade com personalidade jurídica e funcionando junto do Banco de Portugal. Estabelecer-se-ia, no âmbito desta Autoridade, um Conselho de Resolução, **presidido pelo Ministro das Finanças** ou um seu representante, integrando ainda, além de personalidades a indicar pelo Ministério das Finanças, o Governador do Banco de Portugal e um membro do conselho de administração do Banco de Portugal com o pelouro da resolução bancária, bem como os Presidentes da ASF e da CMVM, os quais em caso de situações de resolução bancária deteriam estatuto de observadores e, por essa via, seriam envolvidos e informados da conceção, adoção e execução das medidas de resolução.

Deveria, assim, competir ao Conselho de Resolução, e em particular ao Ministério das Finanças, a liderança do processo de decisão conducente à adoção e execução de medidas de resolução bancária que se inscrevam, fora do âmbito do MUR, na margem de decisão e discricionariedade nacionais.

Paulo Câmara @2018

Page 92

## Posição da CMVM (Dez. 2017)

A autoridade e função de resolução deveria ser integrada na esfera do **atual FdR**, devidamente reforçado e dotado dos meios técnicos e humanos estritamente imprescindíveis para tomar decisões de resolução, acompanhar decisões de resolução tomadas nos fora europeus e assegurar o trabalho preparatório inerente,

As competências desta autoridade de resolução seriam alargadas de modo a abranger, para além da gestão do FdR, as competências relativas à resolução bancária, nos termos da BRRD e do RMUR;

**Não competiriam a esta autoridade os poderes de intervenção precoce** e quaisquer outros necessariamente atribuídos ao Banco de Portugal por força da CRD IV ou por força da sua função de supervisor microprudencial;

O órgão de administração poderia encontrar o seu embrião na atual comissão diretiva do FdR, embora com a sua composição e regras de designação revistas por forma a assegurar a representação e envolvimento da CMVM e da ASF.

Sugere-se que seja reponderado, à luz da BRRD, a participação e envolvimento que atualmente o Ministério das Finanças tem no FdR;

Esta autoridade deveria ser dotada de um quadro próprio de recursos humanos

Paulo Câmara @2018

Page 93

## Síntese

Problema de fundo é de eficiência e de eficácia.

Não é com uma multiplicação de instituições supervisoras que se abre o caminho a estes objetivos.

Resolução tem particularidades mas também tem conexões com supervisão contínua, medidas preventivas, living wills e medidas corretivas.

BdP pode criar sub-estrutura com autonomia decisória que assegure capacidade de resposta ágil.

Paulo Câmara @2018

Page 94

## Conclusão final

O regime jurídico da resolução de instituições de crédito e empresas de investimento vem deprimir radicalmente a posição jurídica dos investidores nessas empresas.

Neste contexto, a amputação de direitos dos titulares de instrumentos financeiros pode ser muito significativa, em particular perante acionistas, obrigacionistas e titulares de derivados.

A medida da diferença de tratamento em relação aos depositantes é muito severa e merece uma reflexão aprofundada.

Paulo Câmara ©2018

Page 95

## Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Mariana Solá de/ BRANCO, Luís, Resolving Banco Espírito Santo: an overview of the application of recovery and resolution measures, in Portugal, Journal of international banking law and regulation, London, (2016)
- ANTUNES, J. Engrácia, The management of banking crisis in Portugal, EBI 2017/4
- BARBOSA, Mafalda Miranda, Direito civil e sistema financeiro, Principia (2016)
- BUSCH/ DANNY , MIRIK B. J. VAN RIJN/ MARIJE LOUISSE, How Single is the Single Resolution Mechanism? <https://ssrn.com/abstract=3135473>
- CÂMARA, PAULO/MAGALHÃES, MANUEL (coordenação), O Novo Direito Bancário (2012), Almedina
- Câmara, Paulo, *Supervisão Bancária: recentes e próximos desenvolvimentos*, em I Congresso de Direito Bancário, (2014), 283-322
- DOMINGUES, Paulo de Tarso, A (má?) sorte dos credores acionistas. II Congresso de Direito Bancário, Almedina (2017)
- DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, Technical Details of a Possible EU Framework For Bank Recovery And Resolution
- FIGUEIREDO/ ANDRÉ, Medidas de resolução bancária – bail-in e governance da instituição de crédito sujeita a resolução, in Revista de Direito das Sociedades, Almedina, Ano VIII, 2016, N. 3 (2016)
- FREITAS, Lourenço Vilhena de, «Da constitucionalidade e legalidade da medida de resolução do Banco de Portugal relativamente ao BES», in Liber Amicorum Manuel Simas Santos, (2016), 829-ss

Page 96

## Bibliografia

- MACHADO, Pedro (Abril 2016) Bail-in as new paradigma of bank resolution: discretion and the duty of care, Revista E-Publica Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 7, n.º 3
- MARTINS, Alexandre Soveral. Medidas de Resolução das Instituições de Crédito: A transferência da atividade para um banco de transição, II Congresso de Direito Bancário. Coimbra, Almedina, 2017
- MONCADA, Luís Cabral de, Os Poderes de Resolução do Banco de Portugal e o Banco Espírito Santo, Abreu & Marques e Associados, Sociedade de Advogados, RL, 2015
- SERRA, Catarina , As medidas legais de salvaguarda da solidez das instituições financeiras, II Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina (2014)
- SILVA, Mariana Duarte, Os Novos Regimes de Intervenção e Liquidação aplicáveis às Instituições de Crédito, O Novo Direito Bancário, Almedina (2012)
- XAVIER, Pedro Lobo. Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição em Revista de Concorrência e Regulação , Ano V , N.º 18 (Abr/Junho 2014)

Page 97

Lisboa, 4 de maio de 2018

Paulo Câmara

pc@servulo.com

Page 98

## Vídeos da apresentação

### Vídeo I



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/21t0kn903w/desktop.mp4?locale=pt>

### Vídeo II



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/1wcl1zfeyo/desktop.mp4?locale=pt>



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



**2.**

**Resolução bancária  
e tutela contenciosa**

**Vasco Freitas da Costa**



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 2. RESOLUÇÃO BANCÁRIA E TUTELA CONTENCIOSA

Vasco Freitas da Costa\*

1. Introdução; sequência
  2. Contextualização do exercício dos poderes de resolução bancária
    - 2.1. Arquitetura institucional
    - 2.2. Anatomia das decisões de resolução
      - a) Pressupostos
      - b) Instrumentos e poderes
      - c) Limites e salvaguardas
  3. Reação contenciosa
    - 3.1. Tutela anulatória (impugnação de decisões)
    - 3.2. Tutela condenatória (suprimento de omissões)
  4. Síntese final
- Apresentação *Power Point*  
Vídeo

### 1. Introdução; sequência

1. No presente artigo, analisaremos brevemente os mecanismos de reação contenciosa às deliberações tomadas pelas entidades públicas competentes no âmbito dos procedimentos de resolução bancária.

Essa análise não dispensa uma contextualização prévia sobre, por um lado, a arquitetura institucional da decisão de resolução bancária e, por outro, sobre a estrutura e âmbito material das decisões de resolução.

Na análise que se segue, começaremos, assim, por fazer um enquadramento sobre os tópicos acima referidos, passando, só depois, à análise propriamente dita dos mecanismos de tutela contenciosa.

### 2. Contextualização do exercício dos poderes de resolução bancária

#### 2.1. Arquitetura institucional

2. É sabido que, na última década, o legislador da União Europeia (UE) introduziu um conjunto de reformas no sentido de assegurar, quer a harmonização dos regimes nacionais em matéria de supervisão e de resolução bancárias (*single rulebook*), quer – e mais do que isso – a própria coordenação dos processos decisórios de aplicação desses regimes no contexto mais vasto de uma União Bancária<sup>1</sup>.

\* Advogado.

<sup>1</sup> Cfr. Matthias Haentjens / Pierre de Gioia-Carabellese, *European Banking and Financial Law*, 2015, pp. 94 e seguintes.

A harmonização dos regimes normativos foi alcançada através de dois diplomas fundamentais, a saber:

- (i) No plano da supervisão bancária, através do novo *regime jurídico de acesso à atividade e supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento*, consagrado na Diretiva n.º 2013/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho (CRD IV), complementada pelo Regulamento n.º 575/2013, de Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho (CRR); e
- (ii) No plano da resolução bancária, através do novo *regime jurídico de recuperação e resolução das instituições de crédito e empresas de investimento*, consagrado na Diretiva n.º 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio. Ambas estas diretivas foram transpostas para o ordenamento jurídico português através de alterações ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF)<sup>2</sup>.

Por seu turno, a coordenação dos processos decisórios foi prosseguida através de uma significativa transferência de atribuições e competências das esferas nacionais para a esfera europeia, nos domínios da supervisão e da resolução bancárias. Tal centralização decisória consubstanciou-se na criação dos seguintes mecanismos institucionais:

- (i) O Mecanismo Único de Supervisão (MUS), presidido pelo Banco Central Europeu (BCE), nos termos do Regulamento n.º 1024/2013, do PE e do Conselho, de 15 de outubro (Regulamento do MUS); e
- (ii) O Mecanismo Único de Resolução (MUR), presidido pelo Conselho Único de Resolução (CUR), nos termos do Regulamento n.º 806/2014, do PE e do Conselho, de 15 de julho (Regulamento do MUR).

Como facilmente se compreende, esta centralização de poderes não deixará de ter reflexos muito relevantes no plano contencioso. Em muitos casos, as decisões relativas à resolução de instituições bancárias nacionais serão tomadas, não já (ou não já apenas) pelos organismos públicos nacionais, mas sim (ou também) por organismos da UE. A devolução ou repartição de poderes decisórios entre as instâncias nacionais e europeia levará necessariamente a um reequacionamento da jurisdição competente para sindicar aquelas decisões, assim como, inerentemente, dos meios de tutela e das normas processuais aplicáveis.

**3.** Vejamos, com um pouco mais de pormenor, em que é que se traduziu a referida centralização decisória.

A distribuição de poderes é feita entre as autoridades nacionais de supervisão e o BCE, no âmbito do MUS, e entre as autoridades nacionais de resolução e o CUR, no âmbito do MUR.

---

<sup>2</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, com as sucessivas alterações. De notar que, no domínio da recuperação e resolução das instituições de crédito e empresas de investimento, o legislador português já se havia antecipado ao legislador europeu na criação de um regime de “liquidação ordenada” dessas instituições, através do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro (que alterou o RGICSF), tendo, depois, promovido novas alterações para adequar o regime à diretiva de resolução bancária.

Assinale-se que, no caso português, o Banco de Portugal assume simultaneamente as funções de autoridade nacional de supervisão (ANS) e de autoridade nacional de resolução (ANR).

O critério fundamental de distribuição de poderes entre os níveis decisórios nacional e europeu baseia-se no carácter *significativo* das entidades ou grupos de entidades bancárias sujeitas a regulação. Essa qualificação é-lhes atribuída com base na sua dimensão, importância para a economia da UE ou de cada Estado-Membro participante do MUS/MUR ou importância das suas atividades transfronteiriças. Em particular, são consideradas *significativas* as instituições de crédito, companhias financeiras ou companhias financeiras mistas que preencham uma das seguintes condições<sup>3</sup>:

- (a) O valor total dos seus ativos seja igual ou superior a € 3 mil milhões;
- (b) O rácio entre a totalidade dos seus ativos e o PIB do Estado-Membro participante de estabelecimento seja igual ou superior a 20%, salvo se o valor total dos seus ativos for inferior a € 5 mil milhões;
- (c) Após notificação pela autoridade nacional competente de que esta considera que a instituição em causa assume carácter significativo para a economia nacional, o BCE adote uma decisão que confirme esse carácter significativo, após ter realizado uma avaliação completa da instituição, incluindo uma avaliação do seu balanço;
- (d) O BCE considere, por iniciativa própria, que a instituição em causa assume carácter significativo por ter filiais bancárias estabelecidas em mais do que um Estado-Membro participante e os seus ativos ou passivos transfronteiriços representem uma parte considerável da totalidade dos seus ativos ou passivos;
- (e) A instituição em causa tenha solicitado ou recebido diretamente assistência financeira pública do Fundo Europeu de Estabilização Financeira ou do Mecanismo Europeu de Estabilidade;
- (f) A instituição em causa seja uma das três instituições de crédito mais significativas no respetivo Estado-Membro participante.

4. No âmbito do MUS, compete ao BCE realizar a supervisão prudencial *direta* das entidades ou grupos significativos, contando, para o efeito, com a colaboração das ANS (no caso português, do Banco de Portugal). Por outro lado, compete às ANS realizar a supervisão prudencial *direta* das entidades ou grupos *menos significativos*; o BCE fará o acompanhamento dessa supervisão a nível nacional, podendo, caso entenda necessário, decidir avocar poderes, pedir informações, solicitar ou realizar investigações ou inspeções. Por fim, compete ao BCE autorizar a constituição das instituições de crédito, ou a aquisição de participações qualificadas nessas instituições, independentemente do seu carácter significativo ou menos significativo; às ANS compete a elaboração e envio ao BCE da proposta de decisão nessas matérias<sup>4</sup>.

Este esquema de divisão de poderes sofre um *decalque semelhante* no caso do MUR.

Neste âmbito, compete ao CUR elaborar os planos de resolução e adotar todas as decisões relativas à resolução de:

<sup>3</sup> Cfr. artigo 6.º, n.º 4, do Regulamento do MUS.

<sup>4</sup> Cfr. artigos 4.º e 6.º, do Regulamento do MUS.

- (i) Entidades ou grupos significativos;
- (ii) Outros grupos transfronteiriços;
- (iii) Entidades ou grupos que o CUR tenha decidido sujeitar diretamente aos seus poderes de resolução, nomeadamente devido ao incumprimento pelas ANR de anteriores advertências do CUR;
- (iv) Entidades ou grupos que o respetivo Estado-Membro participante decida submeter à competência do CUR.

Por seu lado, compete às ANR (no caso português, ao Banco de Portugal) elaborar os planos de resolução e adotar todas as decisões relativas à resolução das restantes entidades ou grupos não sujeitos diretamente aos poderes do CUR, fazendo-o em estreita cooperação com este último.

Por fim, as ANR intervêm ainda na execução do programa de resolução adotado pelo CUR quanto às entidades ou grupos sujeitos diretamente aos poderes deste último organismo<sup>5</sup>.

5. É relevante assinalar que, se é certo que os organismos europeus (BCE ou CUR, consoante o caso) procedem à regulação *direta* de entidades ou grupos nacionais, é também verdade que, nessa regulação, aqueles organismos poderão ter de aplicar não apenas normas europeias, mas também normas nacionais ou internas (as normas que procedem à transposição ou concretização do quadro jurídico europeu)<sup>6</sup>.

Nessa medida, não será inusitado ver o BCE adotar decisões relativas à supervisão prudencial de um determinado banco significativo português tendo em conta certos preceitos relevantes da legislação interna portuguesa (a par, naturalmente, do quadro jurídico europeu); assim como não se deverá estranhar que o CUR venha a adotar decisões relativas à resolução de um determinado banco significativo português lançando mão de disposições da legislação interna de resolução bancária (em conjunto com as demais disposições europeias pertinentes).

## 2.2. Anatomia das decisões de resolução

6. Tendo procurado deixar clara a nova arquitetura institucional das decisões públicas de resolução no quadro do MUR, vejamos agora, também de forma breve, a estrutura material desse tipo de decisões.

<sup>5</sup> Cfr. artigo 7.º, do Regulamento do MUR.

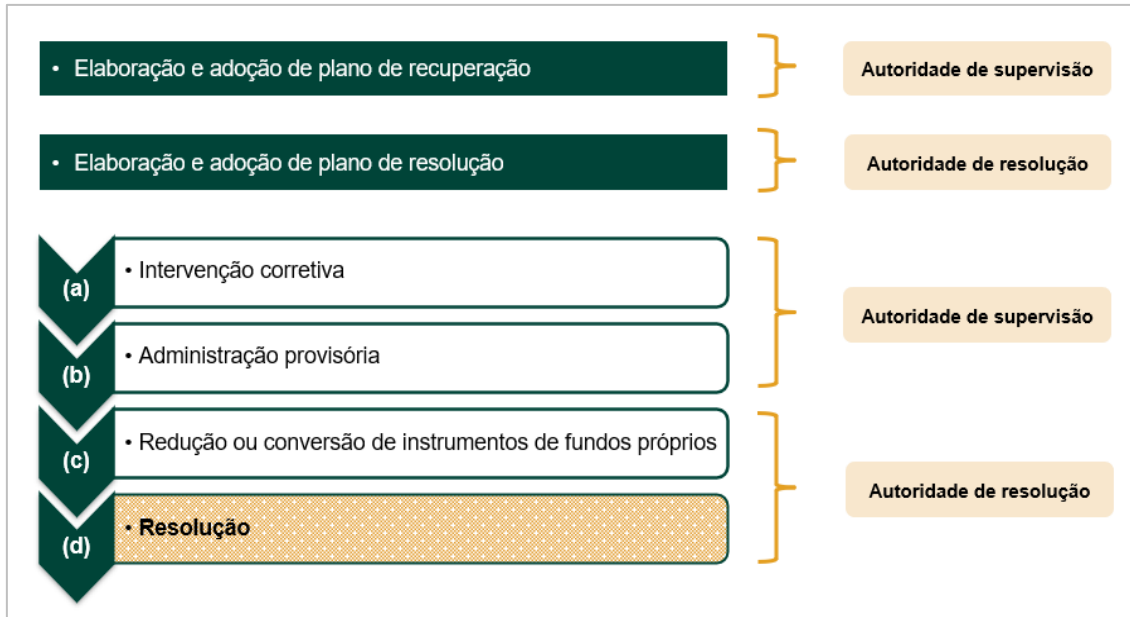
<sup>6</sup> No artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento do MUS, é previsto expressamente que “*Para efeitos do exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo presente regulamento e com o objetivo de assegurar elevados padrões de supervisão, o BCE aplica toda a legislação aplicável da União e, no caso de diretivas, a legislação nacional que as transpõe. Caso a legislação aplicável da União seja constituída por regulamentos, e nos casos em que esses regulamentos concedam expressamente certas opções aos Estados-Membros, o BCE deve aplicar também a legislação nacional relativa ao exercício dessas opções*”. Por seu turno, no artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento do MUR é previsto que, “*Sempre que, por força do presente regulamento, o CUR exerce as competências e os poderes que, de acordo com a Diretiva 2014/59/UE, devam ser exercidas pela autoridade nacional de resolução, o CUR, para efeitos do presente regulamento e da Diretiva 2014/59/UE, é considerado a autoridade nacional de resolução competente ou, em caso de resolução relativa a grupos transfronteiriços, a autoridade de resolução competente a nível do grupo*”.



### a) Pressupostos

7. Sem surpresa, a decisão de resolução é configurada no ordenamento jurídico europeu e português como uma decisão de “ultima ratio”, representando, por assim dizer, o *último degrau de uma escala de gravidade* de medidas de correção e saneamento das instituições bancárias.

Esta escala pode ser ilustrada através da figura que se segue:



Como se vê, a título preparatório, todas as instituições bancárias devem dotar-se de um *plano de recuperação* – no qual são identificadas as medidas a adotar para ultrapassar eventuais situações de desequilíbrio financeiro da instituição – e de um *plano de resolução* – no qual são identificadas as medidas passíveis de adoção num eventual cenário de resolução da instituição. Tanto num caso como no outro, trata-se de instrumentos prospetivos que visam antecipar situações de dificuldade financeira futura. O plano de recuperação é elaborado pela própria instituição, sendo submetido à aprovação da autoridade de supervisão competente (nacional ou europeia, consoante o caso). Já o plano de resolução é elaborado pela própria autoridade de resolução competente (nacional ou europeia)<sup>7</sup>.

Numa eventual situação de dificuldade financeira, o ordenamento jurídico disponibiliza um conjunto de instrumentos regulatórios com um grau de *intrusividade crescente* na vida da instituição. Num primeiro patamar, a autoridade de supervisão pode adotar medidas de *intervenção corretiva* (p. ex., restrição de concessão de crédito) ou mesmo de *designação de administradores provisórios*. Num patamar mais gravoso de intervenção, a autoridade de resolução substitui-se à autoridade de supervisão, podendo proceder, ora à *redução ou*

<sup>7</sup> Cfr. artigos 116.º-D e 116.º-J do RGICSF.

*conversão de instrumentos de fundos próprios, ora (num cenário de “ultima ratio”) à adoção de medidas de resolução bancária*<sup>8</sup>.

Assinale-se que o facto de existir esta escala de gravidade não significa necessariamente que exista uma relação de *precedência* entre as medidas indicadas (de tal forma que, p. ex., a resolução de uma instituição só poderia ocorrer depois de adotadas – sem sucesso – medidas de intervenção corretiva ou de administração provisória)<sup>9</sup>. Ponto é que cada medida se mostre consentânea com o nível de gravidade da situação, pressupondo, nessa medida, um juízo prévio de *inadequação das medidas menos gravosas* para a sua competente solução.

**8.** Em particular, a adoção de medidas de resolução pressupõe, como *requisito da sua legitimidade ou validade*, o preenchimento cumulativo de quatro condições básicas, a saber<sup>10</sup>:

- (i) A instituição deve mostrar-se inviável, por se verificar qualquer das seguintes situações:
  - a. Incumprimento dos requisitos de autorização (atualmente ou dentro de pouco tempo);
  - b. Ativos inferiores aos passivos (atualmente ou dentro de pouco tempo);
  - c. Incapacidade de pagamento de dívidas vencidas (atualmente ou dentro de pouco tempo);
  - d. Necessidade de apoio financeiro público extraordinário, salvo nos casos em que o Estado (com a aprovação da Comissão Europeia à luz do regime dos auxílios de Estado) preste garantias ou subscreva/adquira instrumentos de fundos próprios a título transitório a favor de instituições solventes;
- (ii) A situação não poderá ser remediável, em prazo razoável, através de medidas da própria instituição ou de medidas menos gravosas do regulador (medidas de intervenção corretiva, de administração provisória e/ou de redução ou conversão de instrumentos de fundos próprios);
- (iii) As medidas de resolução deverão mostrar-se necessárias e proporcionais face às finalidades de interesse público subjacentes à resolução;
- (iv) A liquidação judicial da instituição não poderá constituir uma alternativa eficaz.

## **b) Instrumentos e poderes**

**9.** Analisados os pressupostos da decisão de resolução, vejamos agora em que é que se poderá traduzir essa mesma decisão, isto é, quais as medidas que o regulador poderá adotar nesse âmbito.

A autoridade de resolução (seja ela o CUR ou o Banco de Portugal) poderá lançar mão de um ou mais dos seguintes quatro instrumentos ou medidas de resolução bancária<sup>11</sup>:

<sup>8</sup> Cfr. artigos 141.º e seguintes, 145.º-I e seguintes e 145.º-L e seguintes do RGICSF.

<sup>9</sup> Cfr. artigo 140.º do RGICSF.

<sup>10</sup> Cfr. artigo 145.º-E/2 e 3, do RGICSF.

<sup>11</sup> Cfr. artigo 145.º-E/1 do RGICSF.

- (a) Alienação da atividade – venda de parte ou da totalidade da atividade da instituição, incluindo direitos e obrigações, a uma entidade terceira;
- (b) Criação de uma instituição de transição – transferência de parte ou da totalidade da atividade da instituição, incluindo direitos e obrigações, para um “banco bom”, criado “ad hoc” pela autoridade de resolução;
- (c) Recapitalização interna (“bail-in”) – redução do valor nominal dos créditos que constituem passivos da instituição e/ou sua conversão em ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição;
- (d) Segregação de ativos – transferência de direitos e obrigações da instituição resolvida ou da instituição de transição para veículos de gestão de ativos criados “ad hoc” pela autoridade de resolução, com o objetivo de maximizar o seu valor com vista a posterior alienação ou liquidação.

A autoridade de resolução poderá aplicar estas medidas isoladamente ou em conjunto, exceto a medida de segregação de ativos, que apenas poderá ser aplicada juntamente com outra medida de resolução<sup>12</sup>. A aplicação da medida de recapitalização interna é necessariamente antecedida ou acompanhada de uma medida de redução ou conversão dos instrumentos de fundos próprios<sup>13</sup>.

O Fundo de Resolução<sup>14</sup> disponibiliza o apoio financeiro necessário às medidas de resolução (p. ex., concedendo empréstimos ou garantias; subscrevendo o capital social da instituição de transição), recuperando, depois, essas despesas no produto da venda ou liquidação dos ativos.

**10.** Por fim, a autoridade de resolução dispõe de um conjunto amplo de poderes de alcance ablativo, destinados a acautelar a eficácia operativa de cada uma das medidas ou instrumentos de resolução acima referidos<sup>15</sup>.

Tais poderes poderão implicar, a título de mero exemplo, a modificação ou alteração da data de vencimento dos instrumentos de dívida ou outros passivos elegíveis emitidos pela instituição, ou do montante ou data de vencimento dos juros devidos ao abrigo desses instrumentos ou passivos, nomeadamente através da suspensão temporária de pagamentos<sup>16</sup>.

### **c) Limites e salvaguardas**

**11.** A autoridade de resolução não beneficia, naturalmente, de uma *discricionariedade ilimitada* na configuração das medidas de resolução.

<sup>12</sup> Cfr. artigo 145.º-L/1 do RGICSF.

<sup>13</sup> Cfr. artigo 145.º-L/3 do RGICSF.

<sup>14</sup> Referimo-nos aqui aos mecanismos nacionais de financiamento da resolução e, no caso das instituições sob a alçada do CUR, ao Fundo Único de Resolução atualmente em fase de constituição até 1 de janeiro de 2024 (o qual funcionará transitoriamente com base em “compartimentos nacionais”, nos termos do Acordo Intergovernamental celebrado em 2014 entre os Estados-Membros participantes).

<sup>15</sup> Cfr. artigo 145.º-AB do RGICSF.

<sup>16</sup> Cfr. artigo 145.º-AB/1/j) do RGICSF.

A regra de ouro neste domínio – a qual, verdadeiramente, constitui a condição basilar de legitimidade de todo o processo de resolução bancária – é a de que *nenhum acionista ou credor da instituição poderá ficar numa situação pior do que aquela em que ficaria em caso de liquidação judicial da instituição*<sup>17</sup>. Caso contrário, e como veremos de seguida, tal acionista ou credor terá o direito a receber a diferença do Fundo de Resolução.

**12.** Ao referido limite básico somam-se, por outro lado, algumas garantias ou salvaguardas adicionais.

Desde logo, e de uma maneira geral, as medidas de resolução adotadas pela autoridade de resolução regem-se pelos princípios gerais da atividade administrativa e, em especial, pelo princípio da proporcionalidade. Sendo medidas potencialmente compressivas ou ablativas de direitos patrimoniais privados, não podem, à luz do referido princípio, exceder o estritamente necessário para salvaguardar os interesses públicos subjacentes à resolução.

Por outro lado, os credores deverão, por princípio, ser tratados de acordo com a ordem de graduação de créditos prevalecente nos processos normais de insolvência, devendo os credores da mesma classe ser tratados equitativamente<sup>18</sup>.

A terminar, certos passivos não poderão ser objeto de redução ou conversão em capitais próprios. É o caso dos<sup>19</sup>:

- Depósitos cobertos pelo sistema de garantia de depósitos (em Portugal, até ao limite de € 100.000,00 por depositante);
- Passivos que beneficiem de garantias reais;
- Passivos decorrentes da detenção de ativos ou fundos por conta de clientes;
- Passivos perante outras instituições de crédito ou empresas de investimento (salvo passivos intragrupo) com um prazo de vencimento inicial inferior a sete dias;
- Passivos perante sistemas ou operadores ou participantes em sistemas de pagamentos ou liquidação de valores mobiliários, decorrentes da participação nesses sistemas, com um prazo de vencimento restante inferior a sete dias;
- Passivos perante trabalhadores, prestadores de bens ou serviços críticos, autoridades fiscais ou de segurança social ou sistemas de garantia de depósitos (decorrentes de contribuições).

### 3. Reação contenciosa

**13.** Feito o enquadramento anterior, abordemos agora o tema relativo aos mecanismos de tutela judicial no âmbito das deliberações de resolução bancária.

<sup>17</sup> Cfr. artigo 145.º-D/1/c) do RGICSF.

<sup>18</sup> Cfr. artigo 145.º-D/1/b) do RGICSF.

<sup>19</sup> Cfr. artigo 145.º-U/6 do RGICSF. São ainda consagradas outras salvaguardas nos artigos 145.º-AC a 145.º-AF do RGICSF.

### 3.1. Tutela anulatória (impugnação de decisões)

14. Os mecanismos de tutela anulatória de deliberações de resolução variarão necessariamente consoante a decisão impugnanda tenha sido emitida pelas instâncias europeias (CUR) ou pelas instâncias nacionais (Banco de Portugal).

No primeiro caso – plausível, como vimos, nas situações de resolução de entidades ou grupos significativos, entre outras –, a pretensão impugnatória deverá ser deduzida junto do Tribunal de Justiça da UE sob a forma de *recurso de anulação* da decisão adotada pelo CUR, nos termos do artigo 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE).

O leque de entidades com *legitimidade ativa* para instaurar o referido recurso é, de algum modo, limitado. Diz-nos o preceito citado que poderá instaurar a referida ação qualquer pessoa singular ou coletiva que seja *destinatária* do ato, ou à qual o ato diga *direta e individualmente respeito*. Aparentemente, quaisquer particulares que se mostrem *indireta ou reflexamente* impactados por decisões do CUR verão precluída a via da tutela impugnatória, podendo, no entanto, lançar mão da tutela ressarcitória prevista no artigo 268.º do TFUE, instaurando uma *ação de responsabilidade civil extracontratual* contra a União junto do Tribunal de Justiça da UE. O resultado final não será, todavia, muito distinto, uma vez que, como veremos, a tutela anulatória tenderá, nestes casos, a convolar-se numa tutela de índole ressarcitória.

Já no segundo caso acima considerado em que a decisão impugnanda tenha sido emitida pelo Banco de Portugal, haverá lugar à instauração de uma *ação de impugnação de ato administrativo* contra o Banco de Portugal junto dos tribunais administrativos portugueses, nos termos dos artigos 50.º e seguintes do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). Tal ação poderá ser instaurada por quem alegue ser *“titular de um interesse direto e pessoal, designadamente por ter sido lesado pelo ato nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos”* (cfr. artigo 55.º, n.º 1, al. a) do CPTA).

15. À potencial concorrência de jurisdições que se acabou de referir junta-se, ademais, um potencial entrecruzamento de leis materiais aplicáveis ao litígio.

No seguimento do que acima dissemos, no contexto do MUR, é bem possível que os litígios que corram nos tribunais portugueses contra a autoridade de resolução nacional versem aspetos que não serão apenas de lei nacional, mas também de lei europeia. E é ainda bem possível o cenário diametralmente oposto, em que os litígios que corram nos tribunais europeus contra o CUR versem aspetos que não serão apenas de lei europeia, mas também de lei nacional (é dizer, da lei interna que transpõe ou concretiza o quadro jurídico europeu).

A primeira destas duas situações não é propriamente *nova* no panorama jurídico interno, beneficiando, já, de enquadramento normativo específico e vasto antecedente histórico. É sabido que, caso os tribunais portugueses sejam confrontados com questões de interpretação dos Tratados, ou com questões sobre a validade ou interpretação dos atos de instituições, órgãos ou organismos da UE (imagine-se, p. ex., o caso de o autor da ação pretender impugnar

uma decisão do Banco de Portugal com fundamento na invalidade do programa de resolução adotado pelo CUR), os tribunais portugueses poderão reenviar essas questões para apreciação prejudicial pelo Tribunal de Justiça da UE, ficando, até, obrigados a fazê-lo caso entretanto já tenham sido esgotadas todas as instâncias internas de recurso (cfr. artigo 234.º do TFUE).

A situação é diferente no segundo caso acima referido.

Dados os contornos inovatórios com que a União Bancária europeia foi estruturada, pode perfeitamente suceder que as instâncias europeias adotem decisões de regulação *diretamente aplicáveis* a entidades nacionais com base em disposições da legislação interna (nacional) aplicável a essas entidades. E, nesses casos, não será inusitado antecipar-se um cenário em que os atos daquelas instituições europeias sejam impugnados com fundamento, precisamente, na invalidade ou incorreta interpretação dessas disposições de lei interna.

Em casos que tais, poderia, antes de mais, perguntar-se se os tribunais competentes para apreciar a pretensão impugnatória seriam efetivamente os tribunais europeus, e não os tribunais nacionais. Em especial, tal dúvida poderia suscitar-se em face do que se dispõe no artigo 263.º do TFUE sobre o recurso de anulação, nos termos do qual *“o Tribunal é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder”* (destaque nosso). Dir-se-ia que, de entre os vícios materiais em que se fundamenta a pretensão anulatória, não poderia incluir-se o tipo de vícios que aqui estamos a considerar, respeitantes à validade ou interpretação de disposições de lei interna.

Estamos em crer que o critério que define a competência dos tribunais europeus neste domínio reside, isso sim, na circunstância de a entidade demandada ser uma instituição ou organismo da UE, e ainda no facto de a tutela requerida visar a anulação de um ato emitido por essa mesma instituição ou organismo. O leque de fundamentos materiais em que a pretensão anulatória é alicerçada influenciará, não já a delimitação da competência dos tribunais europeus, mas sim o próprio mérito da pretensão material deduzida. Neste sentido, parece-nos que efetivamente os tribunais competentes para apreciar as situações acima referidas seriam os tribunais europeus, e não os tribunais nacionais.

Poderá, até, a nosso ver, admitir-se um cenário em que os fundamentos da pretensão impugnatória “mergulhem” estritamente em questões de direito interno, como seria o caso de a validade da disposição da lei interna aplicada pelo CUR ser questionada, não em face de disposições de direito europeu, mas sim em face de outras disposições de direito nacional, como, p. ex., a Constituição do Estado-Membro. Nesses casos, poderia ainda falar-se, se bem que *indiretamente*, de *ilegalidade de direito europeu*, no estrito sentido em que, ao ter aplicado uma disposição de direito interno inválida ou ineficaz, o CUR teria exorbitado o âmbito dos poderes regulatórios que lhe teriam sido conferidos pelo quadro europeu da resolução bancária. A lei europeia teria atribuído poderes ao CUR para aplicar disposições de lei interna sob “condição implícita” de estas últimas disposições serem válidas e eficazes, mesmo em face de parâmetros de lei interna.



Resta saber, no entanto, que tipo de mecanismos de cooperação processual a jurisdição europeia poderia vir a desenvolver com a jurisdição nacional para se desincumbir da tarefa de aplicação do direito nesses casos.

**16.** No domínio da resolução bancária, o quadro jurídico europeu e nacional tem uma especial preocupação de assegurar a continuidade das relações jurídicas emergentes das medidas de resolução nas situações em que tais medidas ou decisões sejam objeto de invalidação judicial. Tal preocupação leva a que a tutela impugnatória seja facilmente convertida numa tutela de cariz ressarcitório, na qual a recomposição do “*statu quo ante*” é feita por via da atribuição de indemnizações em dinheiro aos particulares lesados.

A este respeito, refere-se no considerando (91) da Diretiva n.º 2014/59/UE que, *“caso seja necessário para proteger os terceiros que, agindo de boa-fé, tenham adquirido ativos, direitos e passivos da instituição objeto de resolução, na sequência do exercício dos poderes de resolução pelas autoridades e a fim de garantir a estabilidade dos mercados financeiros, o direito de recurso não deverá afetar os atos administrativos subsequentes nem as transações concluídas com base na decisão anulada. Nesses casos, as vias de recurso em relação a uma decisão indevida deverão, portanto, limitar-se à atribuição de uma indemnização pelos prejuízos sofridos pelas pessoas afetadas”*.

No plano da legislação portuguesa, este princípio foi salvaguardado através do alargamento da figura da “causa legítima de inexecução” de sentença no domínio específico da resolução bancária. Assim, nos termos do artigo 145.º-AR do RGICSF, o Banco de Portugal pode invocar causa legítima de inexecução nos procedimentos de execução de sentenças anulatórias de quaisquer atos praticados no âmbito da resolução bancária, iniciando-se, de imediato, o procedimento tendente à fixação de uma indemnização nos termos do CPTA.

Uma questão que se poderá levantar neste domínio é a de saber *quem* deverá suportar a referida indemnização. A este respeito, parece-nos claro que a indemnização ficará, por princípio, a cargo da entidade que praticou o ato invalidado: CUR ou Banco de Portugal, consoante o caso. O quadro jurídico prevê, no entanto, um desvio significativo a esta regra – o qual, de resto, pode bem compreender-se atendendo aos elevados montantes indemnizatórios que poderiam acabar por onerar o património das autoridades reguladoras. Nos termos da lei europeia e nacional, caso se verifique que os acionistas ou credores da instituição bancária suportaram prejuízos superiores àqueles que suportariam em caso de simples liquidação judicial da instituição, tais acionistas ou credores têm o direito a receber a diferença do Fundo de Resolução, e não do património da respetiva autoridade reguladora<sup>20</sup>. Deste modo se garante a sustentabilidade das pretensões indemnizatórias, ao mesmo tempo que se exime, é certo, a autoridade reguladora de uma parte relevante da responsabilidade civil que de outro modo lhe caberia pelas decisões ilegais tomadas.

<sup>20</sup> Cfr. artigo 145.º-AA, n.º 1, al. f), do RGICSF. Cfr. ainda o considerando (63) do Regulamento do MUR, no qual é referido que *“Se se determinar que os acionistas e credores receberam, em pagamento dos seus créditos, um valor inferior ao que teriam recebido ao abrigo dos processos normais de insolvência, deverão ter direito a receber a diferença, sempre que exigido nos termos do presente regulamento. Essa diferença, se existir, deverá ser paga pelo Fundo criado em conformidade com o presente regulamento”*.

17. Antecipa-se que as principais questões materiais que se poderão suscitar em ações de impugnação de decisões de resolução bancária tenham a ver, ora com o *preenchimento dos pressupostos* dessas decisões, ora com a *observância dos limites e salvaguardas* que sobre elas impendem. Na exposição anterior procurámos explicitar o essencial de cada uma destas questões.

Porventura, o princípio mais relevante que os tribunais poderão ser chamados a sindicarem é o de que os acionistas ou credores da instituição bancária não poderão, em resultado da resolução, ficar numa situação pior do que aquela em que ficariam no cenário de simples liquidação judicial da instituição. Para além deste princípio elementar, os tribunais poderão ainda ser chamados a apreciar outros aspetos, tais como o da proporcionalidade das medidas adotadas, ou o do tratamento equitativo entre credores.

Naturalmente, muitas destas questões envolverão precipuamente juízos complexos de avaliação contabilística e financeira da instituição. O próprio regulador está obrigado a adotar as medidas de resolução com base em avaliações independentes dos ativos e passivos da instituição, feitas por entidades terceiras. A circunstância, porém, de as matérias em causa poderem assumir elevada complexidade e sofisticação não deve impedir os tribunais de sobre elas tomarem posição, apoiando-se, se necessário, em avaliações periciais.

A este propósito, refere-se com clareza no considerando (89) da Diretiva n.º 2014/59/UE que:

*“As medidas de gestão de crises tomadas pelas autoridades nacionais de resolução podem requerer avaliações económicas complexas e uma grande margem de discricionariedade. As autoridades nacionais de resolução estão especificamente dotadas das competências necessárias para realizar estas avaliações e para determinar a utilização apropriada da margem de discricionariedade. Por conseguinte, importa assegurar que as avaliações económicas complexas realizadas pelas autoridades nacionais de resolução nesse contexto sejam utilizadas pelos tribunais nacionais como base para o exame das medidas de gestão de crises em causa. Todavia, a natureza complexa destas avaliações não deverá impedir os tribunais nacionais de analisar se os dados em que a autoridade de resolução se baseia são factualmente rigorosos, fiáveis e coerentes, se incluem todas as informações relevantes que deverão ser tidas em conta para avaliar uma situação complexa e se podem fundamentar as conclusões tiradas a partir delas”.*

Nesta medida, as medidas e decisões de resolução devem ser sujeitas a plena sindicabilidade por parte dos tribunais.

### 3.2. Tutela condenatória (suprimento de omissões)

18. Justifica-se uma última e breve nota para referir os meios ao dispor dos particulares em matéria de tutela condenatória.

Neste âmbito, haverá novamente que distinguir consoante a omissão seja do CUR ou do Banco de Portugal.

No primeiro caso, os sujeitos *destinatários* do ato omitido, ou aos quais o ato omitido diga *direta e individualmente* respeito, poderão instaurar uma ação por omissão contra o CUR junto do Tribunal de Justiça da UE, nos termos e ao abrigo do artigo 265.º do TFUE. Para o efeito, devem dirigir um convite prévio ao CUR para agir, com sujeição a um prazo de dois meses, o que se antecipa que possa retirar grande parte da utilidade a este mecanismo processual.

Já no segundo caso referido, os sujeitos *titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos* poderão instaurar uma ação de condenação à prática do ato devido contra o Banco de Portugal junto dos tribunais administrativos portugueses, nos termos e ao abrigo dos artigos 66.º e seguintes do CPTA. Tal ação poderá ser proposta sem necessidade de requerimento prévio de decisão nos casos em que o dever de emissão do ato resulte diretamente da lei<sup>21</sup>, o que poderá incrementar a utilidade deste mecanismo processual num contexto de urgência como o da resolução bancária.

#### 4. Síntese final

**19.** Em conclusão, a União Bancária europeia coloca desafios novos do ponto de vista da articulação entre a jurisdição nacional e a jurisdição europeia na apreciação de litígios referentes à resolução de instituições bancárias. Cumpre ver em que medida o direito europeu irá evoluir nos próximos anos no sentido de aprofundar um regime processual que presentemente ainda se afigura algo incompleto ou mesmo lacunar.

No plano das questões materiais controvertidas, é de esperar que os tribunais sejam sobretudo chamados a pronunciar-se sobre questões como o preenchimento dos pressupostos das medidas de resolução, ou a observância de limites e salvaguardas tais como a exigência de que os acionistas e credores não fiquem em situação pior do que aquela em que ficariam no cenário de liquidação judicial. A lei europeia é expressa ao exigir que os tribunais se debrucem integralmente sobre questões como as referidas, não obstante a complexidade das avaliações financeiras que elas poderão implicar, recorrendo, se necessário, à ajuda de peritos.

No plano da tutela concedida, assiste-se a uma clara prevalência da via indemnizatória como solução de reparação de direitos e interesses legalmente protegidos, sendo de esperar que, num largo naipe de situações, a indemnização seja satisfeita com recurso ao Fundo de Resolução, desonerando-se, inerentemente, o património das autoridades reguladoras.

---

<sup>21</sup> Cfr. artigo 67.º/4/a) do CPTA.

## **Apresentação Power Point**

**Centro de Estudos Judiciários**

Formação contínua 2017/2018 - Temas de Direito Administrativo

**A reação contenciosa perante as deliberações que aplicam medidas de resolução e as atuações ou omissões dos titulares dos poderes de supervisão e resolução bancária**

**GARRIGUES**

Vasco Freitas da Costa  
4 de maio de 2018

**Breve contextualização**

---

2

**GARRIGUES**

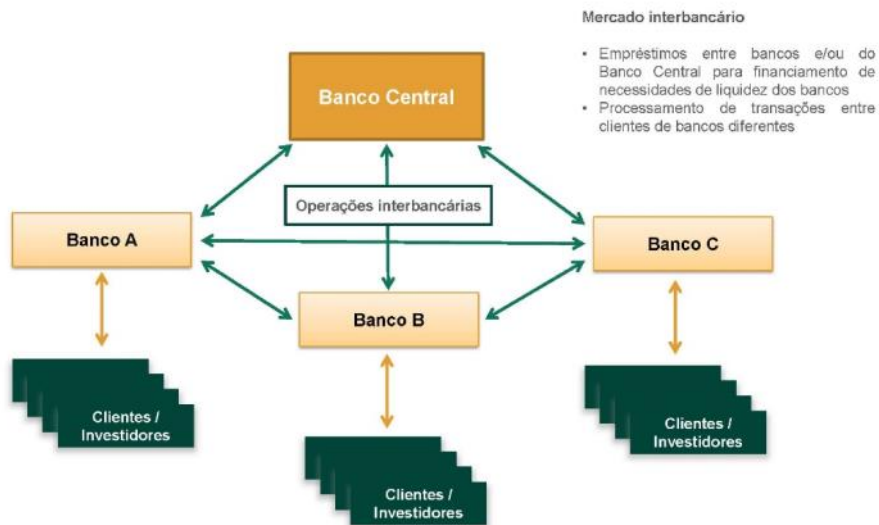
### O balanço de uma instituição bancária

| Aplicação de fundos                                | Meios de financiamento                             |
|--|--|
| <b>Ativo</b>                                       | <b>Passivo</b>                                     |
| Caixa (moedas e notas)                             | Recursos de clientes                               |
| Crédito a clientes                                 | Recursos de outras instituições bancárias          |
| Disponibilidades no banco central                  | Recursos do banco central                          |
| Disponibilidades noutras instituições bancárias    | Provisões  |
| Ativos financeiros                                 | Responsabilidades por obrigações ou outros títulos |
| Outros ativos (p. ex., intangíveis, imóveis, etc.) | Outros passivos                                    |
|  | <b>Capital próprio</b>                             |
|  | Capital  |
|  | Resultados transitados                             |
| <b>Total (ativo)</b>                               | <b>Total (passivo + capital próprio)</b>           |

3

GARRIGUES

### Sinopse do mercado de financiamento bancário



4

GARRIGUES

## Os dois alicerces da solvência bancária

### 1) Capitalização



#### Princípio geral

- Os bancos devem garantir que dispõem, em qualquer momento, de capital suficiente para absorver eventuais deteriorações dos ativos bancários (p. ex., crédito não reembolsado)

#### Regras acolhidas no Direito da EU(\*) (inspiradas nos acordos de Basileia III)

- Reservas de fundos próprios(\*\*) sobre ativos ponderados pelo risco (reserva geral de 8% a que poderão acrescer reservas adicionais)
- Rácio de alavancagem (quociente dos instrumentos de fundos próprios principais de nível 1 sobre o total de ativos), igual ou superior a 3%

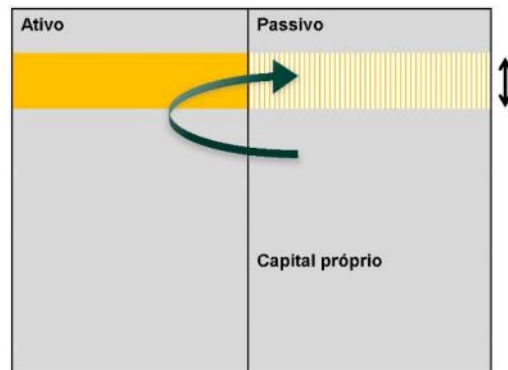
(\*) Cfr. Diretiva 2013/36/UE, do PE e do Conselho, de 26 de junho, e Regulamento 575/2013, do PE e do Conselho, de 26 de junho  
 (\*\*) Os instrumentos de fundos próprios classificam-se em (i) instrumentos principais de nível 1, (ii) instrumentos adicionais de nível 1 e (iii) instrumentos de nível 2, consoante a sua maior ou menor qualidade ou grau de subordinação

5

GARRIGUES

## Os dois alicerces da solvência bancária

### 2) Liquidez



#### Princípio geral

- Os bancos devem garantir que dispõem, em qualquer momento, de suficientes ativos líquidos para servir o pagamento de dívidas vencidas ou o reembolso de fundos aos depositantes

#### Regras acolhidas no Direito da EU(\*) (inspiradas nos acordos de Basileia III)

- Rácio de liquidez de curto prazo (exige a detenção de ativos líquidos não onerados suficientes para suportar 30 dias de stress)
- Rácio de financiamento estável (procura assegurar que a atividade bancária é suficientemente ancorada em financiamento estável e durável, limitando o diferencial de maturidades entre ativos e passivos)

(\*) Cfr. Diretiva 2013/36/UE, do PE e do Conselho, de 26 de junho, e Regulamento 575/2013, do PE e do Conselho, de 26 de junho

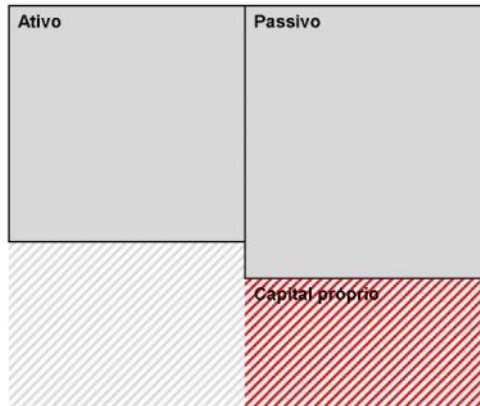
6

GARRIGUES



## Cenários de insolvência bancária

### 1) Capitais negativos (ativo torna-se inferior ao passivo)



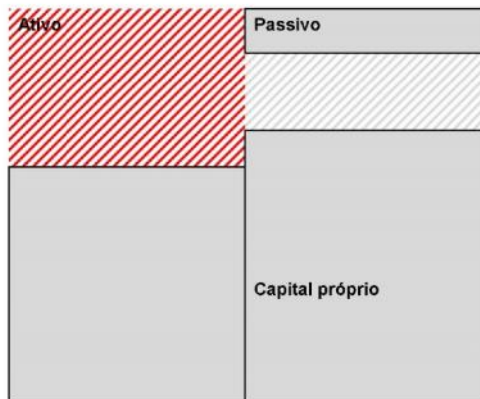
- A deterioração dos ativos consome por completo o capital próprio do banco
- O banco deixa de ter ativos suficientes para fazer face aos seus passivos, tornando-se, por isso, insolvente

7

GARRIGUES

## Cenários de insolvência bancária

### 2) Falta de liquidez (impossibilidade de cumprimento de obrigações)



- O banco não dispõe de ativos líquidos suficientes que lhe permitam realizar pagamentos e satisfazer as suas responsabilidades, gerando uma crise de liquidez (devido, p. ex., à ocorrência de uma 'corrida aos depósitos')
- Tipicamente, a rutura de pagamentos poderá convolar-se numa situação de capitais negativos (primeiro cenário de insolvência acima considerado), devido ao facto de os ativos serem liquidados a 'baixo preço' para remediar necessidades de liquidez imediata.

8

GARRIGUES

## Razões para a adoção de um regime de resolução ou “liquidação ordenada”

- As funções críticas dos bancos na economia, e potenciais impactos sistémicos associados à sua insolvência
  - Papel dos bancos no sistema de pagamentos e financiamento de liquidez no mercado interbancário
  - Papel dos bancos como depositários (na prática, “devedores”, visto se tratar de um “depósito irregular”) do dinheiro das famílias e empresas
  - Papel dos bancos como gestores de fundos e ativos por conta de clientes investidores
- Minimização de apoios financeiros públicos extraordinários, através da internalização das perdas pelos acionistas e credores da instituição bancária insolvente

9

GARRIGUES

## Regime europeu e nacional de resolução bancária

---

10

GARRIGUES

## Harmonização normativa

- Relatório de De Larosière (2009) dá expressão ao objetivo de maior aproximação e harmonização dos diversos quadros jurídicos nacionais de supervisão bancária, no pós-crise 2008
- A harmonização dos quadros jurídicos nacionais de supervisão bancária teve um grande avanço em 2013-2014 com a aprovação ao nível da UE de:
  - **Novo regime jurídico de acesso à atividade e supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento** (Diretiva 2013/36/UE, do PE e do Conselho, de 26 de junho (CRD IV); Regulamento 575/2013, do PE e do Conselho, de 26 de junho (CRR))
  - **Novo regime jurídico de recuperação e resolução das instituições de crédito e empresas de investimento** (Diretiva 2014/59/UE, do PE e do Conselho, de 15 de maio)
- No domínio da recuperação e resolução das instituições de crédito e empresas de investimento, o legislador português já se tinha antecipado ao legislador da UE na criação de um regime de “liquidação ordenada” dessas instituições, através do DL 31-A/2012, de 10 de fevereiro (que alterou o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras - “RGICSF”), o qual foi depois completado em função da nova diretiva

11

GARRIGUES

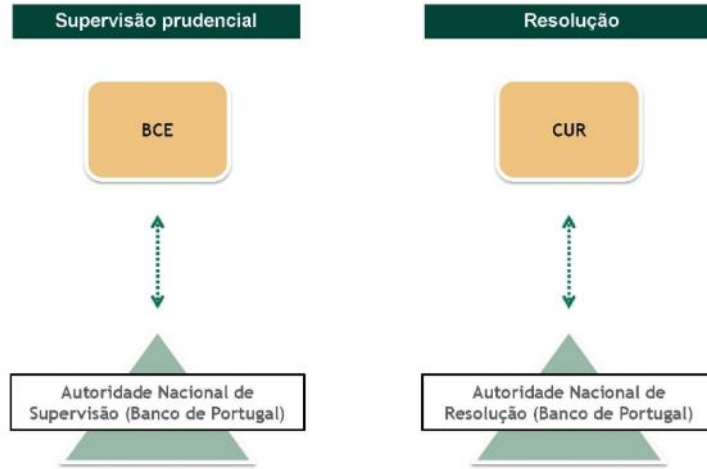
## Mais do que harmonização normativa, centralização decisória

- Dada a necessidade de garantir maior previsibilidade e uniformidade no exercício da supervisão e da resolução bancárias ao nível da UE, entendeu-se que, mais do que uma harmonização normativa (*single rulebook*), deveria ocorrer uma decisiva transferência de atribuições e competências das autoridades nacionais para as autoridades da UE, norteadas por princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, no contexto de uma União Bancária
- Nesse contexto, foram criados os seguintes mecanismos aplicáveis a todos os Estados-membros aderentes à moeda única, com a possibilidade de adesão por parte dos restantes Estados-membros da UE:
  - **Mecanismo Único de Supervisão (MUS)**, presidido pelo Banco Central Europeu (BCE), nos termos do Regulamento 1024/2013, do PE e do Conselho, de 15 de outubro
  - **Mecanismo Único de Resolução (MUR)**, presidido pelo Conselho Único de Resolução (CUR), nos termos do Regulamento 806/2014, do PE e do Conselho, de 15 de julho

12

GARRIGUES

Mais do que harmonização normativa, centralização decisória



13

GARRIGUES

Mecanismo Único de Supervisão

MUS – com efeitos a partir de 4 de novembro de 2014

|  |  |
|--|--|
| <b>BCE</b>                                     | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Supervisão prudencial direta das entidades/grupos significativos(*)</li> <li>• Acompanhamento da supervisão prudencial das entidades/grupos menos significativos pelas ANS (com possibilidade de avocação de poderes, pedido de informações, realização de investigações e inspeções)</li> <li>• Autorização de constituição das instituições de crédito, ou da aquisição de participações qualificadas, sob proposta da ANS</li> </ul> |
| <b>Autoridade Nacional de Supervisão (ANS)</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Supervisão prudencial das entidades/grupos menos significativos</li> <li>• Cooperação com o BCE na prossecução das suas atribuições</li> <li>• Elaboração e envio ao BCE de proposta de decisão sobre a autorização de constituição de instituições de crédito, ou aquisição de participações qualificadas</li> </ul>   |

(\*) Sobre o conceito de entidades/grupos significativos, ver *slide* seguinte

14

GARRIGUES

## Mecanismo Único de Supervisão

| Critérios de classificação de entidades/grupos significativos(*)(**) |  |
|--|--|
| Dimensão   | • Valor total de ativos $\geq$ € 30 mil milhões  |
| Importância para a economia  | • Valor total dos ativos $\geq$ 20% do PIB do Estado-membro e $\geq$ € 5 mil milhões; ou<br>• Importância para setores económicos específicos da UE ou de um Estado-membro participante; interligação com a economia da UE ou de um Estado-membro participante; possibilidade de substituição; complexidade da atividade |
| Atividade transfronteiriça   | • Grupos com filiais noutros Estados-membros participantes com total de ativos > € 5 mil milhões e cujos rácios de ativos e passivos transfronteiriços sobre ativos e passivos totais sejam, respetivamente, $\geq$ 20%  |
| Assistência pelo MEE   | • Pedido ou obtenção pela entidade ou grupo de assistência financeira pública direta do Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE)  |
| Ranking nacional   | • A entidade ou grupo ser uma das três instituições de crédito ou dos grupos mais significativos num Estado-membro participante  |

(\*) Cfr. Regulamento (UE) 468/2014, do BCE, de 16 de abril

(\*\*) Em Portugal, classificam-se atualmente como significativos os grupos BPI, Banco Comercial Português, Caixa Geral de Depósitos e Novo Banco, todos com base no critério da dimensão

15

GARRIGUES

## Mecanismo Único de Resolução

| MUR – com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2016 |   |
|--|---|
| <b>CUR</b>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Elabora os planos de resolução e adota todas as decisões relacionadas com a resolução relativamente a: (i) entidades ou grupos significativos ou que o BCE tenha decidido colocar sob a sua supervisão direta no âmbito do MUS; (ii) outros grupos transfronteiriços; (iii) entidades ou grupos que o CUR tenha decidido sujeitar diretamente aos seus poderes de resolução, nomeadamente devido a incumprimento pela ANR de anteriores advertências do CUR; (iv) entidades ou grupos que o respetivo Estado-membro participante decida submeter à competência do CUR</li> <li>• Adotar o programa de resolução de entidades ou grupos cuja resolução implique a utilização do Fundo de Resolução</li> </ul> |
| <b>Autoridade Nacional de Resolução (ANR)</b>      | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Elabora os planos de resolução e adota todas as decisões relacionadas com a resolução relativamente a entidades ou grupos não sujeitos diretamente aos poderes do CUR, fazendo-o em estreita cooperação com este último</li> <li>• Adota todas as medidas necessárias para a execução do programa de resolução(*) emitido pelo CUR relativamente às entidades ou grupos diretamente sujeitos aos poderes de resolução deste último</li> </ul>  |

(\*) Através do programa de resolução, o CUR estabelece, entre outros aspetos, os detalhes dos instrumentos de resolução a aplicar (incluindo, p. ex., a designação de administradores especiais), cabendo depois à ANR a implementação dessas medidas

16

GARRIGUES



## Mecanismo Único de Resolução

### Fundo Único de Resolução

- A criação do MUR foi acompanhada da criação de um Fundo Único de Resolução (FUR), propriedade do CUR, destinado a ser utilizado por este último na medida do necessário para assegurar uma aplicação eficaz dos instrumentos de resolução
- O FUR é alimentado, entre outros meios de financiamento, através de contribuições das instituições autorizadas nos Estados-membros participantes, com caráter *ex ante* (periodicidade anual) ou *ex post* (para cobertura extraordinária de perdas). As contribuições são calculadas com base na proporção do passivo de cada instituição no passivo total das instituições, sendo ainda ajustadas de acordo com o perfil de risco de cada instituição e os ciclos económicos
- O FUR deverá atingir um nível-alvo de financiamento correspondente a pelo menos 1% do montante dos depósitos cobertos de todas as instituições de crédito autorizadas nos Estados-membros participantes, até 1 de janeiro de 2024
- Até que o FUR atinja o referido nível-alvo de financiamento, ou, o mais tardar, até 1 de janeiro de 2024, o CUR utiliza o FUR de acordo com a sua divisão em compartimentos nacionais correspondentes aos diversos Estados-membros participantes

17

GARRIGUES

## Pressupostos básicos das medidas de resolução

### 1. A instituição deve ser considerada inviável (devido a insolvência ou a risco de insolvência):

- ❖ Incumprimento dos requisitos de autorização (atualmente ou dentro de pouco tempo)
- ❖ Ativos inferiores aos passivos (atualmente ou dentro de pouco tempo)
- ❖ Incapacidade de pagamento de dívidas vencidas (atualmente ou dentro de pouco tempo)
- ❖ Necessidade de apoio financeiro público extraordinário, salvo os casos em que o Estado (com a aprovação da CE em sede de auxílios de Estado) preste garantias ou subscreva/adquira instrumentos de fundos próprios a título transitório a favor de instituições solventes

### 2. A situação não é remediável, em prazo razoável, através de medidas da própria instituição ou de medidas do supervisor (medidas de intervenção corretiva, administração provisória ou redução ou conversão de instrumentos de fundos próprios)

### 3. As medidas de resolução mostram-se necessárias e proporcionais face às finalidades de interesse público subjacentes à resolução

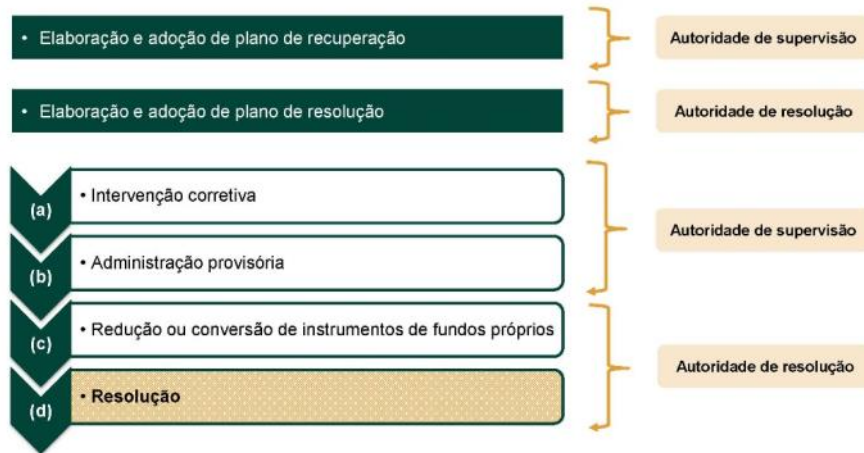
### 4. A liquidação judicial da instituição não constitui alternativa eficaz

18

GARRIGUES



### A resolução como intervenção de “ultima ratio”



19

GARRIGUES

### Os quatro instrumentos de resolução



- A autoridade de resolução poderá aplicar estas medidas isoladamente ou em conjunto, exceto a medida de segregação de ativos, que apenas pode ser aplicada juntamente com outra medida de resolução
- A aplicação da medida de recapitalização interna é necessariamente antecedida de uma medida de redução ou conversão dos instrumentos de fundos próprios
- O Fundo de Resolução disponibiliza o apoio financeiro necessário às medidas de resolução (exs.: concedendo empréstimos ou garantias; subscrevendo o capital social da instituição de transição), recuperando depois essas despesas no produto da venda ou liquidação dos ativos

20

GARRIGUES

## Os poderes de resolução

A autoridade de resolução dispõe de um conjunto vasto de poderes para assegurar a eficácia operativa de cada um dos instrumentos de resolução, tais como:

- Modificação ou alteração da data de vencimento dos instrumentos de dívida ou outros passivos elegíveis emitidos pela instituição, ou do montante ou data de vencimento dos juros devidos ao abrigo desses instrumentos ou passivos, nomeadamente através da suspensão temporária de pagamentos
- Liquidação e rescisão dos contratos financeiros ou contratos de derivados em que a instituição é parte
- Suspensão dos direitos de rescisão ou obrigações de pagamento ou entrega em contratos em que a instituição é parte, ou da execução de penhoras de ativos da instituição, desde o momento da publicação do aviso de suspensão até às 24h do dia útil seguinte ao da publicação
- Garantia de que a transferência de ações ou títulos representativos do capital social da instituição, ou dos seus ativos, direitos e passivos, produz efeitos sem quaisquer ónus ou responsabilidades, sem prejuízo de direitos indemnizatórios e da transferência unitária das posições contratuais associadas a contratos de garantia financeira, convenções de compensação ou *netting agreements*

21

GARRIGUES

## Principais limites e salvaguardas

- Nenhum acionista ou credor da instituição pode suportar um prejuízo superior ao que suportaria em caso de liquidação imediata da instituição (caso contrário, terá direito a receber a diferença do Fundo de Resolução)
- Os credores são tratados de acordo com a ordem de graduação de créditos nos processos normais de insolvência, devendo os credores da mesma classe ser tratados equitativamente
- Não podem ser objeto de redução ou conversão em capitais próprios os seguintes passivos:
  - Depósitos cobertos pelo sistema de garantia de depósitos (em Portugal, até € 100.000,00)
  - Passivos que beneficiem de garantias reais
  - Passivos decorrentes da detenção de ativos ou fundos por conta de clientes
  - Passivos perante outras instituições de crédito ou empresas de investimento (salvo passivos intragrupo) com um prazo de vencimento inicial inferior a sete dias
  - Passivos perante sistemas ou operadores ou participantes em sistemas de pagamentos ou liquidação de valores mobiliários, decorrentes da participação nesses sistemas, com um prazo de vencimento restante inferior a sete dias
  - Passivos perante trabalhadores, prestadores de bens ou serviços críticos, autoridades fiscais ou de segurança social ou sistemas de garantia de depósitos (decorrentes de contribuições)

22

GARRIGUES

## Possibilidade de exclusão de passivos da redução/conversão

- Para além dos passivos referidos no *slide* anterior, a autoridade de resolução pode ainda, excecionalmente, excluir certos passivos da aplicação dos poderes de redução/conversão se:
  - Não for operacionalmente possível aplicar tempestivamente esses poderes
  - A exclusão for estritamente necessária e proporcional para garantir a continuidade de funções críticas ou linhas de negócio estratégicas da instituição
  - A exclusão for estritamente necessária e proporcional para evitar uma perturbação grave no funcionamento dos mercados financeiros, com impacto na economia nacional ou da UE
  - A aplicação daqueles poderes for suscetível de causar uma destruição de valor tal que as perdas sofridas por outros credores seriam maiores do que se esses passivos fossem reduzidos/convertidos
- Excluídos os passivos, o nível de redução/conversão aplicado aos outros passivos pode ser aumentado para ter em conta essas exclusões
- Caso as perdas resultantes das exclusões não possam ser integralmente transferidas para os outros credores, o Fundo de Resolução pode, mediante certas condições, fazer uma contribuição para a instituição objeto de resolução (não superior a 5% do total de passivos e fundos próprios), para cobertura de perdas e/ou aquisição de ações ou instrumentos de capital

23

GARRIGUES

## Reação contenciosa

24

GARRIGUES

## a. Tutela anulatória (impugnação de decisões)

25

GARRIGUES

### Tipo de ação, legitimidade e tribunais competentes

#### Impugnação de decisões do CUR (ex.: programa de resolução; ordens/instruções diretas)

- Interposição de **recurso de anulação** no Tribunal de Justiça da UE (art. 263.º do TFUE), pelos sujeitos destinatários da decisão ou aos quais a decisão diga direta e individualmente respeito
- No caso de determinadas decisões (ex.: aplicação de coimas ou sanções pecuniárias compulsórias no âmbito da resolução), deve primeiro ser interposto recurso junto da Câmara de Recurso do CUR

#### Impugnação de decisões do Banco de Portugal

- Propositura de **ação de impugnação de ato administrativo** nos tribunais administrativos portugueses (arts. 50.º ss. do CPTA), pelos sujeitos titulares de um interesse direto e pessoal, designadamente por terem sido lesados pelo ato nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos
- Reenvio prejudicial de eventuais questões relativas à validade ou interpretação de atos de instituições, órgãos ou agências da UE (ex.: validade ou interpretação do programa de resolução adotado pelo CUR) para o Tribunal de Justiça da UE (art. 267.º TFUE)
- Propositura de ações de impugnação de coimas no tribunal da concorrência, regulação e supervisão

26

GARRIGUES

## Principais questões materiais a apreciar

Preenchimento do quadro de pressupostos das medidas de resolução

Inexistência de prejuízos superiores para os acionistas e credores relativamente ao cenário alternativo de liquidação

Tratamento equitativo dos credores (hierarquia de prioridade de créditos e igualdade entre credores com a mesma prioridade)

Proporcionalidade na afetação de direitos patrimoniais privados (posições contratuais; direitos de crédito; ativos financeiros)

Observância de princípios de concorrência e igualdade de mercado (auxílios de Estado; licitação da venda de ativos no mercado)

27

GARRIGUES

## Sindicabilidade judicial das questões materiais

- As medidas de resolução são tomadas com base em avaliações independentes dos ativos e passivos da instituição, as quais poderão ser sindicadas pelos tribunais através de juízos periciais (salvo tratando-se de processos cautelares, de acordo com o RGICSF)
- Cfr. Considerando 89 da Diretiva 2014/59/UE, do PE e do Conselho, de 15 de maio:

*“As medidas de gestão de crises tomadas pelas autoridades nacionais de resolução podem requerer avaliações económicas complexas e uma grande margem de discricionariedade. As autoridades nacionais de resolução estão especificamente dotadas das competências necessárias para realizar estas avaliações e para determinar a utilização apropriada da margem de discricionariedade. Por conseguinte, importa assegurar que as avaliações económicas complexas realizadas pelas autoridades nacionais de resolução nesse contexto sejam utilizadas pelos tribunais nacionais como base para o exame das medidas de gestão de crises em causa. Todavia, a natureza complexa destas avaliações não deverá impedir os tribunais nacionais de analisar se os dados em que a autoridade de resolução se baseia são factualmente rigorosos, fiáveis e coerentes, se incluem todas as informações relevantes que deverão ser tidas em conta para avaliar uma situação complexa e se podem fundamentar as conclusões tiradas a partir deles”* (destaque nosso)

28

GARRIGUES

## Prevalência da via de reparação indemnizatória

- Se necessária para proteger terceiros de boa-fé (ex.: adquirentes de ações ou ativos da instituição objeto de resolução), a anulação de decisões da autoridade de resolução não afeta os atos administrativos praticados ou as transações concluídas com base na decisão anulada, sendo o interesse do autor reparado via indemnização a suportar pela autoridade de resolução
- Em Portugal, nos termos do RGICSF, o Banco de Portugal pode, em execução das referidas sentenças anulatórias, invocar causa legítima de inexecução nos termos do CPTA, iniciando-se, de imediato, o procedimento tendente à fixação da indemnização a favor do autor

29

GARRIGUES

## b. Tutela condenatória (suprimento de omissões)

30

GARRIGUES



## Tipo de ação, legitimidade e tribunais competentes

### Suprimento de omissões do CUR

- Propositura de **ação por omissão** junto do Tribunal de Justiça da UE (art. 265.º do TFUE), pelos sujeitos destinatários do ato omitido (ou aos quais o ato omitido diga direta e individualmente respeito)
- Exigência de prévio convite ao CUR para agir, sujeito a um prazo de decisão de dois meses, pode retirar grande parte da utilidade a este mecanismo processual no contexto da resolução bancária

### Suprimento de omissões do Banco de Portugal

- Propositura de **ação de condenação à prática do ato devido** junto dos tribunais administrativos portugueses (arts. 66.º ss. do CPTA), pelos sujeitos titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, dirigidos à emissão do ato
- A ação pode ser proposta sem necessidade de requerimento prévio de decisão nos casos em que o dever de emissão do ato resulte diretamente da lei, o que poderá incrementar a utilidade deste mecanismo processual num contexto de urgência como o da resolução bancária

31

GARRIGUES

# GARRIGUES

[www.garrigues.com](http://www.garrigues.com)

### Vídeo da apresentação



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/1wcl1zff2t/desktop.mp4?locale=pt>

Título:

**Supervisão e Regulação Bancária**

Ano de Publicação: 2020

ISBN: 978-989-9018-47-1

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

[cej@mail.cej.mj.pt](mailto:cej@mail.cej.mj.pt)