

Publicação disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/aa28cd4abd4a/>

AS MEDIDAS DE RESOLUÇÃO NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DA ATIVIDADE BANCÁRIA

DINIS BRAZ TEIXEIRA

REVISTA DE DIREITO FINANCEIRO E DOS MERCADOS DE CAPITAIS, VOL. 3 (2021), NO. 10, 129-170



DINIS BRAZ TEIXEIRA

Assistente Convidado na FDUL. Investigador do CIDP

As Medidas de Resolução no Anteprojeto do Código da Atividade Bancária

Resolution Actions in the Draft Banking Activity Code

RESUMO: No dia 29 de outubro de 2020, o Banco de Portugal publicou o Anteprojeto do Código da Atividade Bancária (ACAB), que virá, eventualmente, substituir o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF). Neste estudo apresentamos uma primeira reflexão sobre a regulamentação prevista para as medidas de resolução.

Palavras-chave: (i) medidas de resolução; (ii) Código da Atividade Bancária; (iii) Banco de Portugal; (iv) instituições de crédito; (v) Mecanismo Único de Resolução; (vi) instituição objeto de resolução

ABSTRACT: *On October 29, 2020, the Bank of Portugal published the Draft Banking Activity Code (ACAB), which will eventually replace the General Regime for Credit Institutions and Financial Companies (RGICSF). In this study we present a first reflection on the regulation envisaged for resolution actions.*

Keywords: (i) resolution actions; (ii) Banking Activity Code; (iii) Bank of Portugal; (iv) credit institutions; (v) Single Resolution Mechanism; (vi) institution under resolution

Sumário: 1. Introdução. 2. Mecanismo Único de Resolução. 3. Resolução: 3.1. Relativamente à instituição objeto de resolução; 3.2 Exercício de direitos pelas contrapartes. 4. Medidas de resolução: 4.1. Medidas que implicam a transmis-

são da atividade da instituição: 4.1.1. Alienação da atividade (*Sale of business*); 4.1.2. Transferência da atividade para instituições de transição (*Bridge institution*); 4.1.3. Segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos (*Asset separation*); 4.2. Recapitalização interna (*Bail-in*). 5 Conclusões.

1. Introdução

I. As instituições de crédito desempenham um papel fundamental na economia de qualquer comunidade através da intermediação no crédito¹, canalizando fundos de quem aforra para quem de capital precisa. Além disso, numa sociedade crescentemente bancarizada, estas instituições são essenciais para a continuidade dos sistemas de pagamento e para a proteção das poupanças.

Isto faz com que a insolvência de uma instituição de crédito possa resultar na perda das poupanças dos depositantes, na destruição de ativos valiosos e numa quebra da confiança no sistema financeiro, o que, em última instância, pode conduzir a uma corrida aos depósitos². Recentemente, fomos recordados desta sequência a propósito da crise financeira, seguida, na Europa, pela crise de dívidas soberanas³.

¹ Referimo-nos aqui ao sentido tradicional de intermediação no crédito e não ao constante do Decreto-Lei n.º 81-C/2017, de 7 de julho.

² Armindo Saraiva Matias, *Saneamento e Liquidação de Instituições de Crédito*, ROA (2001), 279 a 348, 282-285; António Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.ª ed., Almedina: Coimbra (2016), 1155; Pedro Duarte Neves, *O RGICSF – Passado, Presente Futuro*, em *II Congresso de Direito Bancário*, Coord. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, Almedina: Coimbra (2017), 21; André Figueiredo/Manuel Sequeira, *Medidas de resolução bancária – bail-in e governance da instituição de crédito sujeita a resolução*, RDS VIII (2016), 3, 515-562, 523.

³ No rescaldo da crise financeira, vários bancos encontraram-se numa situação financeira muito fragilizada, ao mesmo tempo que os seus governos estavam sobre-endividados, apenas agravando a sua situação face aos seus credores, a fragmentação financeira na União Monetária e os custos do financiamento. Francisco Uria Fernandez, *La crisis financiera y la nueva regulación bancaria*, Facultad de Derecho – Universidad Complutense de Madrid, tese de doutoramento (2017), acessível em Eprints, disponível em <https://eprints.ucm.es/43052/1/T38863.pdf> (consultado a 28 de novembro de 2020), 150 e 151.

Tudo isto conduziu ao reconhecimento da importância da continuidade de funções das instituições de crédito quando em situação de crise bancária e da necessidade de cogitar uma alternativa aos resgates dos bancos através de dinheiros públicos (*bail out*) que fosse menos onerosa para os contribuintes e para o mercado único, mas que de igual forma assegurasse as prioridades referidas.

A solução passou pela mudança de paradigma do *bail out* para o *bail in*⁴, de forma a que os custos não mais onerassem os contribuintes, mas sim aqueles que, em caso de liquidação, absorveriam as perdas. Esta abordagem tinha ainda o mérito de atribuir os prejuízos a quem tinha assumido os riscos, com destaque para os acionistas e credores subordinados⁵, o que, além de resguardar o

Além da crise financeira e da crise de dívidas soberanas, a União Europeia tinha uma dificuldade adicional decorrente do regime dos auxílios de Estado. Recuperamos, a este propósito, o §15 da Comunicação sobre o setor bancário:

As comunicações sobre a crise explicam claramente que, mesmo durante a crise, continuam a ser aplicáveis os princípios gerais em matéria de controlo dos auxílios estatais. Em especial, a fim de limitar as distorções de concorrência entre os bancos e entre os Estados-Membros no mercado único e obviar ao risco moral, os auxílios devem limitar-se ao mínimo necessário, devendo os seus beneficiários assegurar uma contribuição própria adequada relativamente aos custos de reestruturação. O banco e os seus acionistas devem contribuir para a reestruturação tanto quanto possível com recursos próprios. O apoio estatal deve ser concedido em condições que correspondam a uma repartição adequada dos custos por aqueles que investiram no banco.

Comunicação da Comissão sobre a aplicação, a partir de 1 de agosto de 2013, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira («Comunicação sobre o setor bancário»), 216/01.

⁴ Em maior desenvolvimento, Jeffrey N. Gordon / Wolf-Georg Ringe, *Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What it Would Take* (20-ago.-2014), acessível em SSRN, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361347 (consultado a 28 de novembro de 2020), 20-34; Luigi Donato/Zeno Rotondi/Alessandro Scognamigli, *La disciplina europea sulle crisi bancarie: dal modello normativo all'impatto per il sistema bancario italiano*, Banca Impresa Società, n.º 1 (2018), 94.

⁵ Eduardo Paz Ferreira / Ana Perestrelo de Oliveira, *Fundamentos da resolução bancária: a propósito do caso BES e da legitimidade da deliberação de resolução*, RDS IX (2017), 2, 270 e 271; Jorge Urbaneja Cillán, *El Régimen Jurídico de la Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito – La Compleja Transposición al Ordenamiento Español de la normativa europea*, Revista General de Derecho Europeo 42 (2017), 87-127, 88.

erário público, promovia a confiança no sistema financeiro e reduzia o risco moral⁶.

II. Apesar de o legislador português regular a liquidação dos bancos desde 1925⁷, foi apenas em 1992 que instituiu a disciplina do saneamento bancário, através do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, também conhecido por Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF).

Na sua versão original, caso uma instituição de crédito se encontrasse numa situação de desequilíbrio financeiro, o RGICSF estabelecia, no seu título VIII, um conjunto de medidas de saneamento a adotar⁸. Não obstante, o contexto das aludidas crises e a assinatura

⁶ Chen Chen Hu, *The Recovery Framework in the BRRD and its Effectiveness* (19-mai.-2015), acessível em SSRN, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2610594 (consultado a 28 de novembro de 2020), 1-17, 2.

Esta nova abordagem incentivava um maior controlo sobre a atuação dos bancos, uma vez que deixavam de ter a expectativa de receber apoios públicos, reduzindo o seu apetite pelo risco. Luca Bellardini, *Il Meccanismo unico di risoluzione delle crisi nell'ambito dell'Unione bancaria: elementi interpretativi e prospettive fattuali* (2015), Libera Università internazionale degli Studi Sociali, acessível em LuissThesis, disponível em <https://tesi.luiss.it/15337/1/175201.pdf> (consultado a 28 de novembro de 2020), 58; Donato/Rotondi/Scognamigli, *La disciplina* cit., 85; Carlos Andrade Costa, *O Mecanismo Único de Supervisão no Quadro da União Bancária Europeia – Contributo para o Direito Administrativo Bancário*, AAFDL: Lisboa (2018), 35 a 37.

⁷ Referimo-nos ao Decreto n.º 10474, de 17 de janeiro de 1925, ao Decreto n.º 10634, de 20 de março de 1925, ao Decreto 14510, de 31 de outubro de 1927 e ao Decreto-Lei n.º 30689, de 27 de agosto de 1940. Em maior desenvolvimento, vide Miguel Arnaud de Oliveira, *O Princípio da Proporcionalidade e as Medidas de Resolução Bancárias*, Relatório de Mestrado da Faculdade de Direito (2019), 14-18.

⁸ Recordamos, a este propósito, o teor original dos artigos 141.º e 142.º do RGICSF:

Artigo 141.º – Providências extraordinárias de saneamento

Quando uma instituição de crédito se encontre em situação de desequilíbrio financeiro, traduzido, designadamente, na redução dos fundos próprios a um nível inferior ao mínimo legal ou na inobservância dos rácios de solvabilidade ou de liquidez, o Banco de Portugal poderá determinar, no prazo que fixará, a aplicação de alguma ou de todas as seguintes providências de recuperação e saneamento:

- a) Apresentação, pela instituição em causa, de um plano de recuperação e saneamento, nos termos do artigo 142.º;
- b) Restrições ao exercício de determinados tipos de atividade;

dos Memorandos celebrados no âmbito do Programa de Assistência Financeira, levaram a que Portugal se antecipasse ao legislador europeu, promovendo uma profunda reforma do RGICSF através do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro. Este diploma procurou munir as autoridades competentes dos mecanismos necessários à recuperação financeira da instituição de crédito, substituindo-se o regime do saneamento por um outro de intervenção mais gradual, que previa os figurinos da intervenção corretiva, da administração provisória e da resolução.

Dois anos mais tarde, foi aprovada a Diretriz 2014/59/UE (BRRD), de 15 de maio de 2014, que estabeleceu um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento, transposta entre nós para o RGICSF pela Lei n.º 23-A/2015, de 26 de Março, e o Regulamento (UE) n.

- c) Restrições à concessão de crédito e à aplicação de fundos em determinadas espécies de ativos, em especial no que respeite a operações realizadas com filiais, com entidade que seja a empresa-mãe da instituição ou com filiais desta;
- d) Restrições à receção de depósitos, em função das respetivas modalidades e da remuneração;
- e) Imposição da constituição de provisões especiais;
- f) Proibição ou limitação da distribuição de dividendos;
- g) Sujeição de certas operações ou de certos atos à aprovação prévia do Banco de Portugal.

Artigo 142.º – Plano de recuperação e saneamento

1 – Verificando-se alguma das situações referidas no artigo anterior, o Banco de Portugal poderá exigir da instituição em causa que elabore um plano de recuperação e saneamento, a submeter à aprovação do Banco no prazo por este fixado.

2 – O Banco de Portugal poderá estabelecer condições para a aceitação do plano de recuperação e saneamento, designadamente aumento ou redução do capital, alienação de participações sociais e outros ativos, ou outras que entenda convenientes.

3 – No decurso do saneamento, o Banco de Portugal terá o direito de requerer a todo o tempo a convocação da assembleia geral dos acionistas e de nela intervir com apresentação de propostas.

4 – Não sendo aceites as condições estabelecidas pelo Banco de Portugal, ou as propostas que apresente, poderá ser revogada a autorização de exercício de atividade.

5 – O Banco de Portugal poderá convidar outras instituições a cooperar no saneamento, nomeadamente com o fim de viabilizar adequado apoio monetário ou financeiro, cabendo-lhe orientar essa cooperação.

o 806/2014, que estabeleceu regras e um procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um Mecanismo Único de Resolução e de um Fundo Único de Resolução bancária.

Mais recentemente, foi ainda publicada a Diretriz (UE) 2019/879 (BRRD II), de 20 de maio de 2019, cuja transposição se promove agora neste anteprojeto de Código da Atividade Bancária (ACAB).

2. Mecanismo Único de Resolução

I. As crises financeira e de dívida soberana levaram a União Europeia a procurar aprofundar o projeto do Mercado Único⁹, desta

⁹ Recordamos, a este propósito, os Considerandos (3) e (4) do Regulamento MUR:

(3) Em especial, os diferentes incentivos e práticas dos Estados-Membros em matéria de tratamento de credores dos bancos objeto de resolução e de resgate de bancos em situação de insolvência com custos para os contribuintes têm um impacto sobre a perceção do risco de crédito, a solidez financeira e a solvência dos seus bancos, criando assim condições de concorrência desiguais. Tal compromete a confiança do público no setor bancário e impede o exercício da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços no âmbito do mercado interno, uma vez que os custos de financiamento seriam inferiores sem tais diferenças nas práticas dos Estados-Membros.

(4) As divergências entre as regras nacionais de resolução nos diferentes Estados-Membros e as correspondentes práticas administrativas podem conduzir os bancos e os clientes a suportarem custos superiores pelos empréstimos obtidos apenas devido ao seu local de estabelecimento e independentemente da sua verdadeira fiabilidade creditícia. Além disso, os clientes dos bancos em alguns Estados-Membros confrontam-se com custos mais elevados dos empréstimos obtidos do que os clientes dos bancos de outros Estados-Membros, independentemente da sua própria fiabilidade creditícia.

No mesmo sentido, pode ler-se no ‘Roteiro para uma União Bancária’, da Comissão:

Ao assegurar que a supervisão e a resolução dos bancos na área do euro obedecem a normas rigorosas, garantir-se-á aos cidadãos e aos mercados que a todos os bancos é consistentemente aplicado um nível comum e elevado de regulamentação prudencial. Se os bancos enfrentarem problemas no futuro, o público deve poder confiar que os bancos em dificuldades serão reestruturados ou encerrados, com custos mínimos para o contribuinte. Este futuro sistema ajudará a criar a confiança necessária entre os Estados-Membros, o que é uma condição incontornável para a introdução de mecanismos financeiros comuns de proteção dos depositantes e de apoio à resolução ordenada de falências bancárias.

vez ao nível Bancário, através da constituição da União Bancária¹⁰, composta pelos Mecanismos Únicos de Supervisão e de Resolução e Sistema Único de Garantia de Depósitos.

II. O Mecanismo Único de Resolução¹¹ veio trazer um conjunto de instrumentos capaz de minimizar o impacto da insolvência de uma instituição de crédito no sistema económico e financeiro, procurando garantir a continuidade das suas funções financeiras e económicas críticas¹².

O Mecanismo Único de Resolução é composto pelo Conselho Único de Resolução, ou CUR, e pelo Fundo Único de Resolução, acompanhados por um corpo de normas, integrado, ao nível europeu, pelos seguintes diplomas:

- a) Diretriz 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014 (BRRD), que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento, e que altera a Diretriz 82/891/CEE do Conselho, e as Diretrizes 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/

Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Roteiro para uma União Bancária*, COM/2012/0510 final.

¹⁰ Apesar de a sua constituição ter sido impulsionada pelas circunstâncias descritas, a verdade é que se pode encontrar a sua origem na figura do passaporte bancário comunitário, assente no mecanismo da autorização única e do princípio do reconhecimento mútuo. Andrade Costa, *O Mecanismo* cit., 23-37; Bruno Ferreira, *Passaporte comunitário bancário: sucursal e livre prestação de serviços*, *ROA*, 69:1/2 (2009), 127-243.

¹¹ Este mecanismo europeu assenta na perceção de que a liquidação das instituições de crédito insolventes pode gerar repercussões negativas na economia ao ponto de ameaçar a estabilidade do sistema financeiro. George S. Zavvos/Stella Kaltsouni, *The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundation, Governance Structure and Financing* (15-set.-2014), acessível em SSRN, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2531907 (consultado a 28 de novembro de 2020), 5. Este aspeto leva a que o MUR esteja desenhado com vista a gerir diretamente as situações de crise que uma instituição de crédito sujeita ao MUS possa enfrentar. Urbaneja Cillán, *El Régimen* cit., 96.

¹² Considerando (5) da Diretriz 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014 (BRRD).

- /CE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e os Regulamentos (UE) n.º 1093/2010 e (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho;
- b) Regulamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julho de 2014 (Regulamento MUR), que estabelece regras e um procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um Mecanismo Único de Resolução e de um Fundo Único de Resolução bancária e que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010;
 - c) Acordo Relativo à Transferência e Mutualização das Contribuições para o Fundo Único de Resolução;
 - d) Diretriz (UE) 2019/879, de 20 de maio de 2019 (BRRD II), que altera a Diretriz 2014/59/UE no respeitante à capacidade de absorção de perdas e de recapitalização das instituições de crédito e empresas de investimento, e a Diretriz 98/26/CE.

III. De acordo com o artigo 7.º do Regulamento MUR, o CUR é a agência¹³ responsável por elaborar os planos de resolução¹⁴ e adotar todas as decisões relacionadas com a resolução:

- a) das entidades que não fazem parte de um grupo;
- b) dos grupos que não são considerados menos significativos¹⁵, ou em relação aos quais o BCE tenha decidido exercer direta-

¹³ Recordamos que o Conselho Único de Resolução consiste numa agência com personalidade jurídica composta por representantes das autoridades nacionais de resolução, do BCE e da Comissão e outros quatro membros, nos termos do artigo 43.º do Regulamento MUR.

¹⁴ Em maior desenvolvimento sobre os planos de resolução, *vide* Donato/Rotondi/Scognamigli, *La disciplina* cit., 83 e 84.

¹⁵ À data de 31 de maio de 2016, em Portugal, as entidades supervisionadas significativas eram o Banco BPI, SA, o Banco Português de Investimento, SA, o Banco Comercial Português, SA, o Banco ActivoBank, SA, o Banco de Investimento Imobiliário, SA, a Caixa Geral de Depósitos, SA, a Caixa – Banco de Investimento, SA, a Caixa Leasing e Factoring – Instituição Financeira de Crédito, SA, o Banco Caixa Geral, SA, o Novo Banco, SA, o Novo Banco dos Açores, S.A., o BEST – Banco Electrónico de Serviço Total, AS, e o Banque Espírito Santo et de la Vénétie. Cfr. European Central Bank, List of Supervised Entities, acessível em ECB, disponível em <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/>

- mente todos os poderes pertinentes, nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo 6.º, do Regulamento (UE) n.º 1024/2013;
- c) dos outros grupos transfronteiriços; e
 - d) quando a medida de resolução exija a utilização do Fundo Único de Resolução (artigo 7.º/3, segunda parte).

As autoridades nacionais de resolução são responsáveis pelas demais entidades no que respeita ao conjunto de funções elencadas no artigo 7.º/3 do Regulamento MUR, cabendo-lhes, contudo, informar o CUR antes de adotar as medidas. Não obstante, de acordo com a alínea *b*) do artigo 7.º/4, o CUR pode exercer todos os poderes atribuídos a este propósito à autoridade nacional.

No que respeita às entidades relativamente às quais a autoridade de resolução é o CUR, o BCE identifica as instituições que se encontram em situação ou risco de insolvência, nos termos do n.º 4 do artigo 18.º (artigo 18.º/1 do Regulamento MUR). O CUR avalia se existe ou não perspectiva de que uma ação alternativa do setor privado possa impedir a insolvência num prazo razoável, e verifica se a adoção da medida de resolução é necessária para a defesa do interesse público, no sentido de ser proporcionada e necessária para a prossecução de um ou mais dos objetivos da resolução (artigo 18.º/5).

Uma vez verificadas as condições¹⁶, o CUR adota o programa de resolução, nos termos do artigo 23.º, que não tem necessariamente de coincidir com o plano de resolução, uma vez ponderados os fatores elencados no artigo 22.º/3, e transmite-o à Comissão que, caso não manifeste objeções, o aprova (artigo 18.º/6). Diferentemente, se a Comissão apresentar uma proposta de alteração do programa e o Conselho aprovar, o CUR altera o programa em conformidade (artigo 18.º/7). Por fim, o “CUR assegura que a medida de resolução necessária seja adotada para a execução do programa de resolu-

pub/pdf/list_of_supervised_entities_20160531en.pdf?496fcf1d1a3add48ded49e7db0e9f3e6 (consultado a 28 de novembro de 2020).

¹⁶ Zavvos/Kaltsouni, *The Single* cit., 18 ss; Maciej Podgórski, *The Single Resolution Mechanism in Action. An Analysis of the Decision-Making Practice of the Single Resolution Board*, Polish Yearbook of International Law, Vol. 38 (2018), 229-252, 236 a 238.

ção por parte das autoridades nacionais de resolução competentes” (artigo 18.º/9).

O CUR acompanha a execução do programa de resolução pelas autoridades nacionais de resolução, que estão obrigadas a cooperar com aquele no exercício desta função e a executar todas as decisões que lhes dirija (artigos 28.º e 29/1).

IV. Quer isto dizer que o papel do Banco de Portugal, enquanto autoridade competente para resolver instituições de crédito, deve ser compreendido no quadro mais vasto do Mecanismo Único de Resolução. É este, aliás, o sentido da alínea *d*) do artigo 4.º do ACAB, quando prescreve que o Banco de Portugal:

Enquanto autoridade de resolução nacional, exerce as atribuições e competências previstas no presente Código conjugadas com o Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014, sem prejuízo das atribuições conferidas ao Conselho Único de Resolução, nos termos e nos limites deste Regulamento¹⁷.

3. Resolução

I. O termo resolução bancária não deve ser reconduzido à noção jurídica tradicional de resolução, correspondendo antes a uma tradução literal da expressão inglesa ‘*resolution*’¹⁸. Na realidade, a resolução bancária corresponde ao conjunto de medidas que a autoridade competente pode adotar quando uma instituição de crédito

¹⁷ De acordo ainda com o artigo 5.º/1 do Regulamento do MUR:

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 exercidos pela autoridade nacional de resolução, o CUR, para efeitos de aplicação 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.

¹⁸ Menezes Cordeiro, *Direito Bancário* cit., 1166; Luís Máximo dos Santos, *O novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito: Aspectos fundamentais*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano III, n.º 9, Janeiro – Março (2012), 203-236, 211.

se encontra numa situação de crise bancária com vista à sua reorganização e reestruturação¹⁹.

É geralmente entendida como uma intervenção de *ultima ratio* na vida das instituições de crédito, dirigida a evitar a destruição desnecessária de riqueza, assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais para a economia, prevenir a ocorrência de consequências graves para a estabilidade financeira, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e proteger os depositantes e os investidores, conforme disposto no artigo 485.º do Código da Atividade Bancária (ACAB).

De acordo com o artigo 487.º/1 do ACAB, para o Banco de Portugal poder aplicar quaisquer medidas de resolução, devem estar verificados os seguintes requisitos: a) o Banco de Portugal declarou a instituição de crédito como estando em situação ou em risco de insolvência²⁰; b) não é previsível que a situação de insolvência seja

¹⁹ Bellardini, *Il Meccanismo* cit., 58. Na sua adoção, a autoridade de resolução intervém diretamente sobre a estrutura da instituição de crédito, sem que os acionistas tenham influência. Donato/Rotondi/ Scognamigli, *La disciplina* cit., 84.

²⁰ A situação ou risco de insolvência é posteriormente desenvolvida no n.º 2 do artigo 487.º, onde se revela consistir nas seguintes situações:

- a) A instituição de crédito deixou de cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade ou existem fundadas razões para considerar que, a curto prazo, a instituição deixará de os cumprir, possibilitando a revogação da autorização, nomeadamente porque apresentou ou provavelmente apresentará prejuízos suscetíveis de absorver totalmente os seus fundos próprios ou uma parte significativa dos mesmos;
- b) Os ativos da instituição de crédito são inferiores aos seus passivos ou existem fundadas razões para considerar que a curto prazo o poderão ser;
- c) A instituição de crédito está impossibilitada de cumprir as suas obrigações ou existem fundadas razões para considerar que a curto prazo o possa ficar;
- d) É necessária a concessão de apoio financeiro público extraordinário exceto quando esse apoio, destinado a prevenir ou conter uma perturbação grave da economia e preservar a estabilidade financeira, consiste na concessão pelo Estado de garantias pessoais ao cumprimento das obrigações assumidas em contratos de financiamento, incluindo em operações de crédito do Eurosistema e em novas emissões de obrigações e na realização de operações de capitalização com recurso ao investimento público, desde que não se verifique, no momento em que o apoio financeiro público extraordinário é concedido, alguma das circunstâncias referidas nas alíneas a) a c) ou no artigo 476.º.

evitada num prazo razoável através do recurso a ações alternativas do setor privado, da aplicação de medidas de intervenção precoce ou do exercício dos poderes de redução ou de conversão de instrumentos de fundos próprios e dos créditos elegíveis; c) as medidas de resolução são necessárias e proporcionais à prossecução de alguma das finalidades da resolução²¹ (artigo 485.º); d) a liquidação da instituição de crédito não permite atingir as finalidades da resolução na mesma extensão que a aplicação de medidas de resolução.

Verificados os aludidos requisitos, a autoridade competente deverá optar pela medida de resolução que melhor permita realizar os objetivos de resolução relevantes (artigo 14.º/1 Regulamento MUR), mas que ao mesmo tempo provoque o menor custo e a menor destruição de valor possíveis (artigo 14.º/2).

Cumpre, contudo, salientar que, conforme resulta da alínea *d*), a adoção de uma medida de resolução é uma opção subsidiária relativamente à liquidação da instituição²², o que se compreende, dado

²¹ Destacamos aqui o desenvolvimento dado no n.º 5 do artigo 10.º do MUR à ideia de ameaça à estabilidade financeira, finalidade presente na alínea *b*) do artigo 485.º, de acordo com o qual corresponde à “situação em que o sistema financeiro é efetiva ou potencialmente exposto a uma perturbação que pode dar origem a dificuldades financeiras suscetíveis de pôr em perigo o funcionamento ordenado, a eficiência e a integridade do mercado interno, ou a economia ou o sistema financeiro de um ou mais Estados-Membros”.

²² Donato/Rotondi/Scognamigli, *La disciplina* cit., 88; Paz Ferreira/Perestrelo de Oliveira, *Fundamentos* cit., 275.

Recordamos, aqui, os considerandos (45) e (46) da BRRD:

(45) A fim de evitar o risco moral, qualquer instituição em situação de insolvência deverá estar em condições de se retirar do mercado, independentemente da sua dimensão e do seu grau de interligação, sem provocar perturbações sistémicas. As instituições em situação de insolvência deverão em princípio ser liquidadas ao abrigo dos processos normais de insolvência. No entanto, a liquidação ao abrigo dos processos normais de insolvência poderá pôr em causa a estabilidade financeira, interromper a prestação de funções críticas e afetar a proteção dos depositantes. Nesse caso, é altamente provável que seja do interesse público decidir colocar a instituição sob resolução e aplicar os instrumentos de resolução, em vez de recorrer aos processos normais de insolvência. (...)

(46) A liquidação de uma instituição em situação de insolvência através dos processos normais de insolvência deverá ser sempre considerada antes da aplicação de instrumentos de resolução (...).

que aquela consiste numa conduta administrativa²³ orientada pela prossecução do interesse público, enformado pelas finalidades da resolução. Se, no caso concreto, a adoção de uma medida de resolução não permitir atingir as finalidades que a sustentam, deixa de se justificar o afastamento da liquidação ordenada da instituição.

II. A aplicação das medidas e o exercício dos poderes de resolução deve tomar lugar de forma a:

- i) maximizar as finalidades da resolução;
- ii) que os acionistas da instituição de crédito objeto de resolução suportem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa;
- iii) os seus credores suportarem de seguida, e em condições equitativas, os prejuízos da instituição, de acordo com a graduação dos seus créditos em caso de insolvência;
- iv) nenhum acionista ou credor da instituição suportar um prejuízo superior ao que suportaria caso a instituição tivesse entrado em liquidação;
- v) os depositantes não suportarem prejuízos relativamente aos depósitos cobertos pelo Fundo de Garantia de Depósitos (artigo 486.º ACAB).

III. Antes da aplicação de uma medida de resolução ou do exercício dos poderes de resolução, o Banco de Portugal designa uma entidade independente para avaliar os ativos, passivos e elementos extrapatrimoniais da instituição (artigos 492.º e 493.º). Caso a urgência das circunstâncias não permita proceder à avaliação prévia, a avaliação será levada a cabo pelo Banco de Portugal, sendo

Na nova BRRD II, esta subsidiariedade resulta ainda mais clara quando o seu artigo 32.º-B mandata os Estados-Membros para assegurar a liquidação ordenada das instituições quando a instituição de crédito esteja em situação ou risco de insolvência, não haja perspectiva razoável de que uma ação alternativa do setor privado impeça a situação de insolvência num prazo razoável, mas as medidas de resolução não sejam necessárias para a prossecução do interesse público.

²³ Arnaud de Oliveira, *O Princípio* cit., 28-30.

considerada provisória se não respeitar os requisitos traçados no artigo 493.º (artigo 494.º).

IV. Uma vez aplicada a medida de resolução, os membros dos órgãos sociais e o revisor oficial de contas/sociedade de revisores oficiais de contas (ROC/SROC) cessam funções, podendo ainda o Banco de Portugal determinar a cessação ou alteração de funções da direção de topo, não emergindo qualquer direito a indemnização (artigo 489.º). Nesta hipótese, o Banco de Portugal designará os novos membros dos órgãos sociais, de direção de topo e o novo ROC/SROC, que podem coincidir em parte ou na totalidade com os anteriores, e fixará a sua remuneração, que continuará a ser suportada pela instituição objeto de resolução (490.º).

V. De acordo com o artigo 488.º, o Banco de Portugal passa a poder suspender obrigações de pagamento ou de entrega em que uma instituição de crédito seja parte (*poder de moratória*) quando:

- a) esta esteja em situação ou risco de insolvência;
- b) não se encontre imediatamente disponível qualquer medida a executar pela instituição de forma a evitar a situação de insolvência;
- c) o exercício do poder de suspensão seja necessário para:
 - i) evitar a continuação da deterioração financeira da instituição de crédito;
 - ii) verificar que se encontram preenchidos os requisitos das alíneas c) e d) do artigo 487.º; e
 - iii) determinar a medida concreta a aplicar.

As obrigações de pagamento e entrega incluídas no âmbito do exercício deste poder são determinadas pelo Banco de Portugal, dentro das restrições materiais dos n.ºs 2 a 4 do artigo 488.º²⁴ e

²⁴ Se o poder de moratória for exercido em relação a depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos, a instituição de crédito assegura o acesso dos depositantes a um montante diário adequado determinado pelo Banco de Portugal (artigo 488.º/4 ACAB).

temporais do n.º 5 (não pode exceder as 48h). As obrigações das contrapartes dos negócios abrangidos ficarão suspensas pelo mesmo período.

Este regime é novo, correspondendo ao artigo 33.º-A da BRRD II. No exercício deste poder, o Banco de Portugal tem em conta o impacto no funcionamento dos mercados financeiros, as disposições relativas à salvaguarda dos direitos dos credores em insolvência e a possibilidade de a instituição de crédito entrar em liquidação. Durante o período de suspensão, o Banco de Portugal pode ainda restringir a possibilidade de os credores beneficiários de garantias reais da instituição de crédito executarem as suas garantias, ou suspender os direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração do contratado por uma parte nos contratos celebrados com a instituição de crédito.

VI. Por fim, para dar cumprimento à alínea c) do n.º 2 do artigo 486.º, após a aplicação da medida de resolução, o Banco de Portugal designa uma entidade independente para determinar a diferença entre os prejuízos que os acionistas, os credores e o Fundo de Garantia de Depósitos teriam suportado caso a instituição de crédito em causa tivesse entrado em liquidação e aqueles que efetivamente suportaram em consequência da aplicação da medida de resolução. Caso se verifique que suportaram um prejuízo superior ao que teriam suportado através da liquidação da instituição, aqueles têm o direito a receber a diferença do Fundo de Resolução (artigo 498.º).

3.1. Relativamente à instituição objeto de resolução

I. A aplicação da medida de resolução ou do exercício dos poderes de resolução constitui a instituição de crédito objeto de resolução nos deveres de:

- a) prestar todos os esclarecimentos, informações e documentos solicitados pelo Banco de Portugal;

- b) prestar ao transmissário toda a assistência, informações e documentos relativos à atividade transferida;
- c) disponibilizar o acesso aos serviços operacionais e infraestruturas necessários para que o transmissário desenvolva eficazmente a atividade transferida;
- d) prestar, mediante remuneração acordada, os serviços que o transmissário considere necessários para efeitos do regular desenvolvimento da atividade transferida;
- e) tomar todas as medidas necessárias à prossecução das finalidades da resolução e à adequada execução das medidas de resolução adotadas de acordo com as decisões do Banco de Portugal (artigo 566.º).

II. Caso a medida de resolução adotada se concretize na transferência parcial dos direitos e obrigações por via da alienação da atividade ou da constituição de uma instituição de transição, o Banco de Portugal propõe a revogação da autorização da instituição de crédito. Salvo determinação do Banco de Portugal em sentido contrário, caso não se proceda imediatamente à revogação da autorização:

- a) o cumprimento das obrigações não transferidas pela medida de resolução deixa de ser exigível à instituição, a não ser que o seu cumprimento seja indispensável à preservação e valorização do seu ativo (artigo 567.º);
- b) ficam suspensas todas as execuções contra a instituição objeto de resolução ou que abranjam os seus bens e são interrompidos os prazos de prescrição e caducidade oponíveis pela instituição (artigo 568.º).

A revogação da autorização produz os efeitos da declaração de insolvência, implicando, conseqüentemente, a dissolução e liquidação da instituição de crédito (artigo 609.º).

3.2. Exercício de direitos pelas contrapartes

De acordo com o artigo 569.º do ACAB, a aplicação das medidas, o exercício de poderes de resolução, ou a ocorrência de um facto

diretamente relacionado com sua aplicação, não são fundamento, por si só, no âmbito de um contrato em que a instituição de crédito objeto de resolução seja parte, e na medida em que o mesmo continue a ser cumprido, para:

- a) desencadear a execução de garantias;
- b) o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação, caducidade ou alteração de condições ou circunstâncias estipulados na lei ou no contrato;
- c) o exercício da posse ou de poderes de administração e disposição do património ou a execução de qualquer garantia sobre o património da instituição de crédito objeto da medida ou de uma entidade do grupo;
- d) a modificação, restrição ou suspensão dos seus direitos contratuais, no âmbito de um contrato que preveja cláusulas de vencimento antecipado ou de incumprimento cruzado (*cross default*).

Naturalmente, estas posições jurídicas podem continuar a ser exercidas se fundadas noutra facto que não a aplicação da medida ou o exercício dos poderes de resolução.

4. Medidas de Resolução

I. As medidas de resolução podem ser distinguidas entre aquelas que implicam a transmissão total ou parcial da atividade da instituição de crédito, e a que promove a recapitalização interna²⁵.

Entre as primeiras temos a alienação da atividade (*sale of business*), a transferência da atividade para instituições de transição (*bridge institution*) e a segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos (*asset separation*). A segunda categoria corresponde à medida de recapitalização interna (*bail-in*).

²⁵ Figueiredo/Sequeira, *Medidas* cit., 526 e 527.

II. A alienação da atividade consiste na transmissão, total ou parcial, de direitos e obrigações de uma instituição de crédito objeto de resolução, que nomeadamente constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição, e da titularidade de ações ou de outros títulos representativos do seu capital social, a um ou mais adquirentes. Esta figura encontra a sua regulação entre os artigos 500.º e 505.º do ACAB, estando ainda desenvolvida no artigo 24.º do Regulamento MUR e nos artigos 38.º e 39.º da BRRD.

A transferência da atividade para instituições de transição, por sua vez, corresponde à transferência parcial ou total de direitos e obrigações de uma instituição de crédito, e da titularidade de ações ou de outros títulos representativos do seu capital social, para uma ou mais instituições de transição para o efeito constituídas. Está regulada nos artigos 506.º a 515.º do ACAB, no artigo 25.º do Regulamento MUR e nos artigos 40.º e 41.º da BRRD.

A terceira medida que implica a transmissão da atividade é a segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos. Como o próprio nome indica, esta medida assenta na segregação e na transferência de um conjunto de direitos e obrigações selecionados pelo Banco de Portugal, de uma instituição de crédito objeto de resolução ou de uma instituição de transição, para veículos de gestão de ativos constituídos para o efeito. Esta figura surge disciplinada nos artigos 516.º a 524.º do ACAB, no artigo 26.º do Regulamento MUR e no artigo 42.º da BRRD.

A recapitalização interna, ao contrário das três anteriores, não implica a transmissão da atividade ou dos títulos representativos do capital social da instituição de crédito. Trata-se, antes, do exercício dos poderes de recapitalização desta, de redução do valor nominal dos créditos incluídos no âmbito da recapitalização interna, e de conversão dos créditos incluídos no âmbito da recapitalização interna mediante a emissão de ações ordinárias ou títulos representativos do seu capital social. O *bail-in* está regulado nos artigos 525.º a 534.º do ACAB, no artigo 27.º do Regulamento MUR e nos artigos 43.º a 58.º da BRRD.

À exceção da segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos, que apenas pode ser aplicada

em conjunto com outra medida, o Banco de Portugal pode aplicar qualquer medida de resolução isolada ou cumulativamente (artigo 499.º/2 ACAB).

4.1. Medidas que implicam a transmissão da atividade da instituição

I. Apesar de todas as medidas de resolução serem independentes e terem uma regulação própria, a verdade é que três das quatro medidas assentam na transmissão da atividade da instituição, o que significa que uma parte substancial do seu regime acaba por ser comum, permitindo-nos um tratamento simultâneo de determinadas matérias. Foquemo-nos, em particular, nos efeitos da transmissão, no poder de retransmissão e no regime das contrapartidas.

II. O regime da transmissão dos direitos e obrigações é essencialmente idêntico nas três medidas, estando vertido nos artigos 502.º e 503.º relativamente à alienação da atividade, nos artigos 510.º e 511.º no que respeita à transferência da atividade para instituições de transição, e nos artigos 520.º e 521.º do ACAB no que concerne à segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos.

Uma vez adotada a medida, a atividade transfere-se independentemente de qualquer disposição legal ou contratual, não dependendo também do consentimento dos titulares dos títulos ou das partes dos contratos envolvidos, já que a adoção da medida pelo Banco de Portugal é título suficiente e bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a transmissão.

De acordo com os artigos 503.º, 511.º e 521.º do ACAB, a adoção da medida, ainda que se trate de uma transferência parcial, deve sempre tomar lugar respeitando a cessão integral das posições contratuais das quais emergem esses direitos e obrigações. Com a transmissão, o adquirente é considerado o sucessor da instituição de crédito objeto de resolução nos direitos e obrigações transmitido, não tendo, os titulares das ações ou de outros títulos representativos de capital social e os credores cujos direitos e obrigações não

sejam transmitidos, qualquer direito sobre os direitos e obrigações transmitidos.

III. Relativamente às medidas de alienação da atividade e transferência da atividade para instituições de transição, em particular, o adquirente/instituição de transição que suceda à instituição de crédito *“exerce os direitos relativos à participação e acesso aos sistemas de pagamentos, compensação e liquidação, aos mercados de valores mobiliários, aos sistemas de indemnização dos investidores e aos sistemas de garantia de depósitos, bem como à participação e adesão a outros sistemas ou associações, de natureza pública ou privada, necessários ao desenvolvimento da atividade”* transferida, não podendo o exercício desses direitos ser negado com fundamento na ausência ou insuficiência de notação de risco do adquirente/instituição de transição por uma agência de notação de risco (n.º 4 dos artigos 503.º e 511.º do ACAB).

IV. Uma vez determinada a aplicação da medida de resolução, o Banco de Portugal pode, a todo o tempo, determinar transferências adicionais de direitos ou obrigações e da titularidade de outras ações ou de outros títulos representativos do capital social da instituição objeto de resolução a favor do adquirente/instituição de transição/veículo de gestão de ativos, ou estipular transferências no sentido inverso (artigos 505.º, 513.º e 523.º do ACAB). É o chamado *poder de retransmissão*.

No caso das medidas de transferência da atividade para instituições de transição e da segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos, a determinação da devolução de direitos e obrigações a favor da instituição de crédito objeto de resolução ou da instituição de transição depende:

- i) da previsão expressa do exercício do poder de retransmissão neste sentido na decisão do Banco de Portugal de aplicação da medida de resolução ou na decisão de exercício do poder de retransmissão; ou
- ii) de estes direitos, obrigações, ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de

resolução transferidos com a decisão do Banco de Portugal não se poderem inserir nas categorias estabelecidas nessas decisões ou não preencherem os requisitos ou condições para a sua transmissão fixados nessas decisões (n.º 2 dos artigos 513.º e 523.º).

Diferentemente, no caso da alienação da atividade, estes requisitos não são exigidos, mas o adquirente tem de autorizar a devolução de ativos ou passivos à instituição de crédito objeto de resolução.

A alínea *a)* do artigo 513.º/1 destaca ainda a possibilidade de, após a aplicação da medida de transferência da atividade para uma instituição de transição, o Banco de Portugal determinar a aplicação da medida de segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos.

Por fim, os dois números finais dos artigos 505.º, 513.º e 523.º do ACAB estabelecem que:

- a) caso exerça o poder de retransmissão, o Banco de Portugal determina, se necessário, um acerto ou a fixação de uma contrapartida;
- b) a transmissão seguirá o regime dos artigos 502.º e 503.º, 510.º e 511.º, e 520 e 521.º, consoante a medida em causa.

IV. Caso haja lugar ao pagamento de uma contrapartida pela medida que implica a transmissão da atividade da instituição, aquela será utilizada para cobrir “as despesas razoáveis incorridas por força da aplicação das medidas de resolução ou do exercício dos poderes” (artigo 565.º do ACAB), revertendo o remanescente:

- a) No caso da alienação da atividade ou da constituição de uma instituição de transição, a favor dos titulares das ações ou de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, nos casos em que o Banco de Portugal tenha determinado a transferência da sua titularidade, ou da instituição de crédito objeto de resolução, nos casos em que o Banco de Portugal haja determinado a transferência de direitos e obrigações (artigos 504.º e 512.º/3);

- b) No caso da segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos, a favor da instituição de crédito objeto de resolução ou para a instituição de transição, consoante os casos (artigo 522.º/3).

4.1.1. Alienação da atividade (*Sale of business*)

I. Regulada nos artigos 500.º a 505.º do novo Código, encontramos a alienação da atividade. Através deste instrumento de resolução, o Banco de Portugal aliena, total ou parcialmente, os direitos e obrigações de uma instituição de crédito objeto de resolução, que nomeadamente constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição, e a titularidade de ações ou de outros títulos representativos do seu capital social a um ou mais adquirentes. O adquirente pode ser mais que um, devendo, porém, estar autorizado para desenvolver a atividade em causa (artigo 500.º).

II. O modo de proceder à alienação está regulado no artigo 501.º do ACAB, que transpõe o artigo 37.º da BRRD, ao abrigo do qual o Banco de Portugal, na aplicação da medida, deve, dentro do possível:

- a) Assegurar aos potenciais adquirentes um tratamento equitativo e transparente;
- b) Proporcionar-lhes condições de acesso à informação relevante relativa à situação financeira e patrimonial da instituição;
- c) Evitar conflitos de interesses;
- d) Maximizar o preço da alienação.

Sem prejuízo do exposto, o artigo 501.º/5 admite que o Banco de Portugal promova a alienação da atividade sem respeitar estes deveres, se tal for necessário para assegurar a prossecução das finalidades da resolução. Cabe recordar que estamos perante uma disciplina jurídica resultante da transposição de uma Diretriz, o que

significa que, à luz dos princípios da lealdade²⁶ e do primado do Direito da União Europeia²⁷, aquela deve ser interpretada em conformidade com o Direito da União Europeia²⁸.

Este dever interpretativo prende-se com a incompletude estrutural da norma-parâmetro – a norma de Direito da União –, operando como uma forma de garantir que a norma de transposição (o artigo 501.º/5 do ACAB) prossegue as finalidades do Direito da União²⁹.

Neste sentido, quando o interprete se vê confrontado com a necessidade de aplicar o regime da promoção da alienação, deve fazê-lo em linha com os seguintes deveres, consagrados no n.º 2 do artigo 39.º da BRRD: i) transparência; ii) imparcialidade, nomeadamente no que respeita a evitar situações de conflito de interesses; iii) celeridade; iv) respeito pela estabilidade financeira; v) maximização do preço de venda.

²⁶ Andrzej Sakowicz, *The principle of conforming interpretation of national law in the area of criminal law. General remarks*, *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric* vol 31, 44 (2012), 83-97, 84.

²⁷ Miguel Poiaras Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1 (2007), n.º 2, 5.

²⁸ Recordamos, a este propósito, o parágrafo 26 do acórdão *von Colson*:

No entanto, a obrigação dos Estados Membros decorrente de uma Diretriz de atingir o resultado visado pela Diretriz e o seu dever, ao abrigo do artigo 5.º do Tratado, de tomar todas as medidas adequadas, seja geral ou particular, para assegurar o cumprimento da obrigação todas as autoridades dos Estados Membros, incluindo, para matérias da sua jurisdição, os tribunais. Por conseguinte, ao aplicar a lei nacional e em particular as disposições de uma lei nacional especificamente introduzida para a implementação da Diretriz n.º 76/207, é aos tribunais nacionais exigido interpretar a sua lei nacional à luz da palavra e da finalidade da Diretriz para alcançar o resultado referido no terceiro parágrafo do artigo 189.º.

TJUE, Acórdão *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein Westfalen*, Proc. 14/83.

Em maior desenvolvimento, *vide* Damian Chalmers/Gareth Davies / Giorgio Monti, *European Union Law – Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2.ª ed. (2010), 294 e 295.

²⁹ Enzo Cannizzaro, *Interpretazione Conforme fra Tecniche Ermeneutiche ed Effetti Normativi*, em *L'Interpretazione Conforme al Diritto Dell'Unione Europea – Profili e limiti di un vincolo problematico*, Coord. Alessandro Bernardi, Jovene Editore (2015), 2-16, 11.

Por sua vez, o n.º 3 do mesmo artigo estabelece que a autoridade de resolução não será obrigada a promover a alienação nestes termos se o cumprimento desse requisito puder comprometer um objetivo da resolução, em particular se: a) a autoridade de resolução considerar que existe uma ameaça significativa para a estabilidade financeira decorrente da situação de insolvência ou provável insolvência da instituição objeto de resolução³⁰; e b) a autoridade de resolução considerar que o cumprimento desses requisitos pode comprometer a eficácia da medida de resolução³¹.

³⁰ A noção de ameaça significativa à estabilidade financeira foi posteriormente desenvolvida pela EBA – mandatada para o efeito pelo artigo 39.º/4 da Diretriz –, esclarecendo que a autoridade de resolução deve aferir se a promoção da alienação pode resultar no agravamento de um dos seguintes riscos, ao ponto de afetar outras instituições de forma relevante para a estabilidade financeira:

- (a) o risco de desencadeamento de uma crise sistémica;
- (b) o risco de interrupção da prestação das funções críticas ou de um aumento significativo dos preços destas funções;
- (c) o levantamento de depósitos ou de fundos de curto prazo;
- (d) reduções das cotações das ações das instituições ou dos ativos detidos pelas instituições;
- (e) uma redução do financiamento de curto ou médio prazo disponível para as instituições;
- (f) uma dificuldade no funcionamento do mercado de financiamento interbancário;
- (g) aumentos nos preços dos seguros de incumprimento de crédito ou uma redução das notações de risco com impacto na situação financeira das instituições.

EBA, *Orientações relativas às circunstâncias factuais que correspondem a uma ameaça significativa para a estabilidade financeira e aos elementos relacionados com a eficácia do instrumento de alienação da atividade, nos termos do artigo 39.º, n.º 4, da Diretiva 2014/59/UE*, EBA/GL/2015/04, 7 de agosto de 2015, 4 e 5.

³¹ Em relação à possibilidade de a promoção da alienação poder comprometer a eficácia da medida de resolução, nomeadamente por ter efeitos negativos significativos na estabilidade financeira, a EBA esclarece que as autoridades de resolução devem considerar, no mínimo, os elementos seguintes:

- (a) No que respeita ao dever de transparência, o seu cumprimento não deve potenciar uma incerteza adicional e a perda de confiança do mercado;
- (b) No que concerne ao princípio de não-discriminação, a autoridade de resolução deverá ter presente que certos potenciais adquirentes têm maior probabilidade de garantir a estabilidade financeira, podendo ter efeitos bastante positivos na aplicação da medida de resolução;

Cabe ainda chamar à colação o considerando (61) da BRRD:

Quando aplicarem o instrumento de alienação da atividade, as autoridades devem promover a alienação da instituição ou de parte das suas atividades num processo aberto, transparente e não discriminatório, tentando obter o melhor preço de venda possível. Caso, por motivos de urgência, tal processo seja impossível, as autoridades deverão tomar medidas para retificar os efeitos negativos na concorrência e no mercado interno.

É sabido que, conforme tem sido entendimento do TJUE, “*se o considerando de um regulamento pode permitir esclarecer a interpretação a dar a uma regra de direito, já não pode constituir, em si mesmo, essa regra*”³². Ou seja, não se encontrando a obrigação de “tomar medidas para retificar os efeitos negativos na concorrência

- (c) Dado que estamos num espaço com um número limitado de participantes, o respeito pelo princípio da imparcialidade não deve impedir a exequibilidade e tempestividade da adoção da medida de resolução;
- (d) Ao avaliar se as vantagens conferidas aos potenciais adquirentes são desleais, as autoridades de resolução devem ter em conta que os objetivos da resolução e a necessidade de uma ação rápida podem justificar a atribuição de um incentivo aos compradores ou a limitação do risco por estes incorrido;
- (e) Relativamente ao dever de maximizar o preço de venda, as autoridades de resolução não podem olvidar a necessidade de rapidez na busca de uma solução e manter presente que certos potenciais adquirentes têm maior probabilidade de garantir a estabilidade financeira.

Por fim, esta necessidade de rapidez deve ser lida à luz da necessidade de continuidade das funções críticas, da confiança dos depositantes e do público em geral, do funcionamento das infraestruturas e dos períodos de negociação nos mercados relevantes.

EBA, *Orientações relativas às circunstâncias factuais que correspondem a uma ameaça significativa para a estabilidade financeira e aos elementos relacionados com a eficácia do instrumento de alienação da atividade, nos termos do artigo 39.º, n.º 4, da Diretiva 2014/59/UE*, EBA/GL/2015/04, 7 de agosto de 2015, 5 e 6.

³² TJUE, Acórdão *Casa Fleischhandels GMBH v. Bundesanstalt Fuer Landwirtschaftliche Marktordnung*, [1989], Proc. 215/88, parág. 31. A este propósito, veja-se Roberto Baratta, *Complexity of EU law in the domestic implementing process*, 19th Quality of Legislation Seminar ‘EU Legislative Drafting: Views from those applying EU law in the Member States’ (3-jul.-2014), acessível em European Commission, disponível em https://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/20140703_baratta_speech.pdf (consultado a 28 de novembro) 1-13;

e no mercado interno” diretamente estabelecida no articulado da Diretriz, esta não pode ser pelo intérprete ficcionada com base apenas no considerando.

Contudo, não é esse o nosso caso, já que os n.ºs 1 e 2 do artigo 6.º do Regulamento MUR vêm consagrar os limites a que o considerando (61) da BRRD faz referência. Com efeito:

1. Nenhuma medida, proposta ou política do CUR, do Conselho, da Comissão ou de uma autoridade nacional de resolução pode discriminar as entidades, os titulares de depósitos, os investidores ou outros credores estabelecidos na União em razão da sua nacionalidade ou local de estabelecimento.

2. Todas as ações, propostas ou políticas do CUR, do Conselho e da Comissão ou de uma autoridade de resolução nacional no quadro do MUR são empreendidas tendo plena e diligentemente em conta a unidade e a integridade do mercado interno.

Quer isto dizer que a intenção do legislador europeu ao consagrar a exceção do artigo 39.º/3 da BRRD não foi dar *carta branca* à autoridade de resolução, resultando antes de uma ponderação feita entre a necessidade de prossecução do interesse público, na forma das finalidades da medida de resolução, e o respeito pelos valores expressos no n.º 2 do mesmo artigo.

Nesta senda, a aplicação do n.º 5 do artigo 501.º do ACAB deve ser conforme com o artigo 39.º/3 da BRRD e com os n.ºs 1 e 2 do artigo 6.º do Regulamento MUR no sentido de se admitir que o Banco de Portugal promova a alienação da atividade sem respeitar os deveres estabelecidos no artigo 501.º nos casos em que o seu cumprimento colida diretamente com a prossecução das finalidades da resolução, nos termos desenvolvidos pelas Orientações da EBA³³ citadas, mas

Tadas Klimas/Jurate Vaiciukaite, *The Law of Recitals in European Community Legislation*, ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 15 (2008), 1-33.

³³ EBA, *Orientações relativas às circunstâncias factuais que correspondem a uma ameaça significativa para a estabilidade financeira e aos elementos relacionados com a eficácia do instrumento de alienação da atividade, nos termos do artigo 39.º, n.º 4, da Diretiva 2014/59/UE*, EBA/GL/2015/04, 7 de agosto de 2015.

sempre no respeito pelos princípios da não discriminação e da unidade e integridade do mercado único.

4.1.2. Transferência da atividade para instituições de transição (*Bridge institution*)

I. De acordo com o artigo 506.º/1 do ACAB, a transferência da atividade para instituições de transição corresponde à transferência de direitos e obrigações de uma instituição de crédito, ou da titularidade de ações ou de outros títulos representativos do seu capital social, para uma ou mais instituições de transição constituídas para o efeito. A sua finalidade é assegurar a continuidade das funções desempenhadas pela instituição e promover a sua posterior alienação (artigo 507.º/1b)).

II. A instituição de transição é uma pessoa coletiva constituída por decisão do Banco de Portugal, sendo o seu capital social subscrito e realizado pelo Fundo de Resolução, ou através do exercício dos poderes de redução ou conversão de instrumentos de fundos próprios e da aplicação da medida de recapitalização interna (artigo 507.º). Os seus estatutos são aprovados pelo Banco de Portugal, instituição responsável por designar os membros dos seus órgãos de administração e de fiscalização, mediante proposta da respetiva assembleia geral, salvo aquando da constituição da instituição, situação em que não requer a aludida proposta (508.º). A instituição deverá ter uma duração limitada a dois anos, prorrogáveis.

A instituição de transição rege-se pelas normas aplicáveis às instituições de crédito, pelo Código das Sociedades Comerciais e por eventuais regras estabelecidas pelo Banco de Portugal via regulamento, não lhe sendo aplicável o Regime Jurídico do Setor Público Empresarial (artigo 509.º ACAB).

III. A seleção dos direitos e obrigações a transferir para a instituição de transição cabe ao Banco de Portugal, sendo este um poder discricionário, a exercer nos termos legais (n.º 1 do artigo 506.º).

Conforme pudemos ver com o exemplo do BES³⁴, o exercício deste poder pode ser especialmente delicado, dado que os direitos e obrigações que não forem transferidos ficarão no *banco mau*, cujo natural destino é a liquidação (artigo 567.º/1), o que significa que um crédito que não seja transferido para o *banco bom* muito dificilmente será integralmente satisfeito.

A seleção dos direitos e obrigações está sujeita aos seguintes parâmetros de validade:

- i) os passivos não devem superar os ativos (artigo 506.º/2);
- ii) o princípio da proporcionalidade (artigo 486.º/3);
- iii) os acionistas devem suportar prioritariamente os prejuízos da instituição, enquanto os depositantes estão isentos até ao valor coberto pelo Fundo de Garantia de Depósitos [alíneas *a)* e *d)* do artigo 486.º/2];
- iv) a seleção deve respeitar a graduação dos créditos, o princípio *par condicio creditorum* e o princípio do respeito pela autonomia privada [alínea *b)* do artigo 486.º/2];
- v) o princípio do respeito pelo sinalagma e pela acessoriedade (artigos 511.º/2);
- vi) os princípios da não discriminação e do respeito pela unidade e integridade do mercado interno (artigo 6.º Regulamento MUR).

Em primeiro lugar, os passivos transferidos não devem superar os ativos, já que a instituição de transição deve ser viável, ou de outra forma não poderia cumprir o objetivo de assegurar a continuidade das funções críticas desenvolvidas pela instituição de crédito objeto de resolução [alínea *b)* do artigo 507.º/1].

Relativamente ao princípio da proporcionalidade, cabe lembrar que este envolve um juízo sobre a conduta da autoridade de resolução relativamente às circunstâncias que a justificam, os propósitos

³⁴ Sobre a forma como os tribunais lidaram com esta matéria, *vide* o que escrevemos em *Jurisprudência da Resolução do Banco Espírito Santo, S.A.*, Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais, Vol. 1 (2019), n.º 4, 401-430, 418 e 419.

visados e os efeitos que acarreta, concretizando-se nos seguintes subprincípios³⁵:

- a) princípio da adequação, de acordo com o qual a seleção deve ser idónea a alcançar as finalidades pretendidas;
- b) princípio da proibição do excesso, segundo o qual a seleção deve procurar assegurar o mínimo de sacrifícios possível para alcançar o seu resultado;
- c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ao abrigo do qual a seleção deve traduzir uma ponderação equilibrada entre os vários interesses em presença.

Como terceiro critério temos uma atribuição preferencial dos prejuízos aos acionistas e uma proteção dos depositantes até ao valor coberto pelo Fundo de Garantia de Depósitos, o que deve ser compreendido à luz de uma das principais preocupações deste regime: garantir que os custos da resolução sejam suportados, não pelos contribuintes, mas por quem absorveria as perdas em caso de liquidação³⁶.

Em quarto lugar, a seleção deve respeitar a graduação dos créditos, o princípio *par conditio creditorum* e o princípio da autonomia privada. Esta solução prende-se, uma vez mais, com a natureza da resolução enquanto alternativa à liquidação da instituição: a instituição encontra-se em situação ou risco de insolvência, sendo a natural consequência deste estado a sua liquidação [alínea o) do artigo 606.º/1 e artigo 609.º/1 do ACAB], em condições de igualdade³⁷.

Destacamos o princípio do respeito pela autonomia privada entre os critérios de seleção na sequência da experiência adqui-

³⁵ Otero, *Direito cit.*, 176 e 177. Sobre o princípio da proporcionalidade no regime da resolução bancária, Arnaud de Oliveira, *O Princípio cit.*, 1-51.

³⁶ Paz Ferreira/Perestrelo de Oliveira, *Fundamentos cit.*, 270 e 271.

³⁷ Com a natural salvaguarda de determinadas categorias de credores por comando legal, como sejam os depositantes até ao valor coberto pelo Fundo de Garantia de Depósitos. Banco de Portugal, *Livro Branco sobre a regulação e supervisão do setor financeiro*, (2016), acessível em BPortugal, disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/livro_branco_web.pdf (consultado a 28 de novembro de 2020), 45.

rida com a jurisprudência do Banco Espírito Santo, S.A. Na altura, vários foram os lesados que chamaram a atenção para o facto de, no momento da celebração dos seus contratos com o BES, estarem em erro relativamente ao objeto, e para o incumprimento dos deveres de informação pelo banco, razão pela qual pediam a anulação do negócio e a consequente destruição retroativa dos seus efeitos, dado que as decisões de investimento se fundavam em informações e conselhos prestados que não correspondiam às características dos produtos.

Nestes casos, não se podia dizer que o negócio celebrado espelhasse uma adesão voluntária do cliente a um programa contratual que pudesse ser entendida como uma assunção de risco. De facto, conforme foi entendimento do Supremo no Ac. STJ de 18-jan.-2018 (Roque Nogueira), a “assunção de um risco pelo investidor só corresponde a um ideal de justiça se o negócio que lhe subjaz for válido”³⁸.

Desta forma, o princípio do respeito pela autonomia privada tem relevância na seleção dos direitos e obrigações em dois momentos:

- a) no reconhecimento de que os acionistas e determinados credores (com destaque para os credores subordinados) assumiram o risco do investimento, o que significa que aceitaram ser os últimos a ser pagos num cenário de insolvência³⁹;
- b) na limitação do alcance do preceito em razão da sua finalidade⁴⁰, uma vez que este critério de atribuição de perdas vale apenas para contratos válidos.

³⁸ Ac. STJ de 18-jan.-2018 (Roque Nogueira), proc. n.º 18084/15.5T8LSB.L1.S2.

³⁹ Paz Ferreira/Perestrela de Oliveira, *Fundamentos* cit., 270 e 271; Mafalda Miranda Barbosa, *Os Limites da Medida de Resolução*, LIX Boletim de Ciências Económicas (2016), FDUC, 9-41, 33.

⁴⁰ É de salientar que a necessidade de ter uma abordagem teleologicamente orientada destes preceitos tem sido notada pela doutrina noutros lugares. A. Barreto Menezes Cordeiro e Mafalda Miranda Barbosa tiveram o mérito de chamar a atenção para este aspeto, o primeiro procurando centrar o problema da seleção na segregação dos ativos tóxicos e a segunda no sentido de preservar a ordenação privatística das relações no quadro da prossecução do interesse público. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Os limites dos poderes de transferência do Banco de Portugal no âmbito do processo de resolução*, Estudos de Direito Bancário, Almedina (2018), 129-157, 149 e 150; Miranda Barbosa, *Os Limites* cit., 34 e 35.

Seria, aliás, contrário ao princípio da igualdade tratar os credores que o são em virtude de um contrato válido da mesma forma que os que o são por causa de um contrato inválido, com base num critério de assunção de risco, dado que tal significaria dar a mesma solução jurídica para situações de facto cujas diferenças exigiam um tratamento diferenciado.

O limite do respeito pelo sinalagma e pela acessoriedade⁴¹, encontra-se positivado no artigo 511.º/2 (e com uma previsão idêntica para as medidas da alienação da atividade e de segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos, nos artigos 503.º/2 e 521.º/2), quando se estabelece que a decisão da aplicação da medida de resolução não prejudica a cessão integral para a instituição de transição das posições contratuais das quais emergem esses direitos e obrigações.

Não obstante, o mesmo preceito atribui ao Banco de Portugal o poder de se afastar deste limite, o que deve ser compreendido de forma excecional, cabendo ao Banco de Portugal o dever de fundamentar o seu afastamento da regra geral, dada a natureza ablativa desta determinação para as posições jurídicas visadas [alínea a) do artigo 152.º CPA].

Este limite surge posteriormente concretizado nos artigos 544.º a 546.º, que dispõem que:

- a) o Banco de Portugal não pode transferir parcialmente, modificar ou extinguir *os direitos e obrigações emergentes de obrigações cobertas e de contratos de financiamento estruturado que envolvam a constituição de garantias por uma parte no contrato ou por um terceiro, incluindo operações de titularização e de cobertura de risco que sejam parte integrante da garantia global (cover pool) e que estejam garantidas por ativos que cubram completamente, até ao vencimento das obrigações, os compromissos daí emergentes e que sejam afetos por privilégio*

⁴¹ Recorremos aqui à formulação de Mafalda Miranda Barbosa em *Os Limites* cit., 30.

ao reembolso do capital e ao pagamento dos juros devidos em caso de incumprimento (artigo 544.º/1) ⁴²;

- b) O Banco de Portugal não pode modificar, extinguir ou *transferir parcialmente os direitos e obrigações emergentes de um contrato de garantia financeira ou de uma convenção de compensação ou de uma convenção de compensação e de novação* (netting agreements) *emergentes de contratos sobre instrumentos financeiros* (artigo 545.º/1) ⁴³;
- c) Os contratos em que foram prestadas garantias, não podem ser pelo Banco de Portugal modificados ou extintos de forma a extinguir a garantia, nem pode o Banco transferir⁴⁴:
 - i) os ativos dados em garantia, salvo se as obrigações em causa e os direitos conferidos pela garantia forem também transferidos;
 - ii) obrigações garantidas, salvo se os direitos conferidos pela garantia forem também transferidos;
 - iii) os direitos conferidos pela garantia, salvo se a obrigação em causa for também transferida.

Uma alteração de relevo relativamente ao RGICSF é a remoção do limite à transferência relativo aos direitos de crédito sobre a instituição de crédito objeto de resolução detidos por pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida

⁴² Esta limitação é subsequentemente excecionada pelo n.º 2 do artigo 544.º, que estabelece que, quando seja necessário para assegurar a disponibilidade dos depósitos cobertos pelo Fundo de Garantia de Depósitos, o Banco de Portugal pode:

- a) Transferir os depósitos cobertos pelo Fundo de Garantia de Depósitos que integrem as obrigações e os contratos mencionados na alínea a) sem transferir outros direitos e obrigações emergentes dos mesmos;
- b) Transferir, modificar ou extinguir os direitos e obrigações emergentes das obrigações e dos contratos mencionados na alínea a) sem transferir os depósitos cobertos pelo Fundo de Garantia de Depósitos.

⁴³ Esta limitação é subsequentemente excecionada pelo n.º 2 do artigo 545.º, que o faz nos termos do artigo 544.º/2.

⁴⁴ Esta limitação é subsequentemente excecionada pelo n.º 3 do artigo 546.º, que o faz nos termos do artigo 544.º/2.

de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2 % do capital social da instituição de crédito ou tenham sido membros dos órgãos de administração da instituição de crédito, do artigo 145.º-Q/3 do RGICSF.

Por fim, os n.ºs 1 e 2 do artigo 6.º do Regulamento MUR proíbem que a seleção tome lugar de forma discriminatória em razão da sua nacionalidade ou do local de estabelecimento, e impondo que seja levada a cabo tendo em conta a unidade e a integridade do mercado interno.

IV. A instituição de transição será, posteriormente, alienada a um ou mais adquirentes nos termos estabelecidos pelo Banco de Portugal. Na promoção da alienação da instituição de transição, o Banco de Portugal deve diligenciar para que esta ocorra em condições comerciais, através de um processo aberto e transparente, que assegure um tratamento equitativo aos potenciais adquirentes, a quem deverão ser proporcionadas condições de acesso a informação relativa à situação financeira e patrimonial da instituição (artigo 514.º ACAB).

Este artigo, contém, no entanto, uma novidade face ao artigo 145.º-R/3 do RGICSF e ao artigo 41.º/4 da Diretriz 2014/59/UE. No Código da Atividade Bancária, o artigo 514.º/8 admite que o Banco de Portugal promova a alienação da instituição de transição sem os requisitos ora mencionados, se tal for necessário para assegurar a prossecução das finalidades da resolução⁴⁵, em linha com o previsto no artigo 501.º/5 a propósito da alienação da atividade.

⁴⁵ É curioso notar o distanciamento que esta solução representa das preocupações verbalizadas em 2016 pelo Banco de Portugal no Livro Branco sobre a regulação e supervisão do setor financeiro:

Assim, enquanto que a responsabilidade pela preparação dos planos de resolução, pela escolha das modalidades de resolução mais adequadas em cada caso, e do momento mais oportuno para a aplicação de medidas de resolução às instituições deve manter-se na esfera dos bancos centrais, uma vez que são as entidades que dispõem de melhores condições para decidir sobre essas matérias, já a execução das medidas de resolução, designadamente as que envolvem a alienação de bancos de transição ou de pacotes de ativos e passivos de instituições em processo de resolução, deve ser segregada da esfera dos bancos centrais,

Cabe, contudo, distinguir os cenários. Enquanto a adoção da medida da alienação da atividade toma lugar num curtíssimo espaço de tempo, quando a instituição de crédito está em situação ou risco de insolvência, a instituição de transição é constituída de forma a ser economicamente viável, a sua alienação não se desenrola no *fim-de-semana da resolução* (*resolution weekend*), além de que o Banco de Portugal pode exercer o seu poder de retransmissão para corrigir qualquer desequilíbrio que identifique.

Quando o legislador europeu teve a oportunidade de consagrar uma regra semelhante ao n.º 3 do artigo 39.º da BRRD para a instituição de transição, optou pelo seguinte texto:

Os Estados-Membros asseguram que, caso a autoridade de resolução tente vender a instituição de transição ou os seus ativos, direitos ou passivos, a instituição de transição ou os ativos e passivos relevantes sejam comercializados de forma aberta e transparente, e a venda não os apresente de forma materialmente incorreta nem favoreça ou discrimine arbitrariamente os potenciais adquirentes.

Qualquer alienação nesse contexto é efetuada em condições comerciais, tendo em conta as circunstâncias e de acordo com o enquadramento da União para os auxílios estatais (artigo 41.º/4).

Naturalmente, é sabido que “*o princípio da interpretação conforme não pode servir de fundamento a uma interpretação contra legem do direito nacional*”⁴⁶, pelo que não é essa a abordagem que aqui sustentamos. Contudo, cumpre notar que, ao nível do Direito Europeu, o problema não se esgota na má transposição do n.º 4 do artigo 41.º da BRRD. Reportamo-nos ao princípio do respeito pela unidade e integridade do mercado interno, que deve pautar todas as ações, propostas ou políticas do CUR, do Conselho, da Comissão

já que, em caso contrário, podem surgir situações de conflitos de interesses, prejudiciais ao papel de equidistância dos bancos centrais em relação às entidades reguladas. Nesse sentido, podem justificar-se ajustamentos ao atual figurino institucional no que respeita a essas responsabilidades.

Banco de Portugal, *Livro Branco* cit., 52.

⁴⁶ TJUE, Acórdão *Pupino* (2005), Proc. C-105/03, I-5329, parág. 47.

e das autoridades de resolução nacionais, conforme consagrado no artigo 6.º/2 do Regulamento MUR.

Aqui chegados, cabe lembrar a forma como o princípio do primado do Direito da União Europeia tem sido entendido pelo Tribunal de Justiça (caso *Krzysztof Filipiak*)⁴⁷:

Neste contexto, há que recordar que o Tribunal de Justiça já declarou que a incompatibilidade com o direito comunitário de uma norma de direito nacional posterior não acarreta a inexistência dessa norma. Face a tal situação, o órgão jurisdicional nacional é obrigado a não aplicar essa norma, sendo certo que esta obrigação não limita o poder de os órgãos jurisdicionais nacionais competentes aplicarem, de entre os diversos procedimentos da ordem jurídica interna, os que forem apropriados para salvaguardar os direitos individuais conferidos pelo direito comunitário.

De qualquer forma, de acordo com o n.º 8 do artigo 514.º do ACAB, para que a autoridade de resolução se pudesse desviar das condições estabelecidas nos sete números anteriores, teria de se verificar uma situação na qual tal afastamento fosse necessário e idóneo a prosseguir as finalidades da resolução. Noutros termos, o respeito pelas condições comerciais através de um processo aberto e transparente que assegurasse um tratamento equitativo aos potenciais adquirentes e o acesso a informação relativa à situação financeira e patrimonial da instituição, teria de pôr em causa a continuidade

⁴⁷ TJUE, Acórdão *Krzysztof Filipiak* (2009), Proc. C-314/08, I-11049, parág. 83.

Cabe ainda recordar, a este respeito, o princípio da efetividade, entendido como a necessidade dos Estados membros garantirem a plena aplicação do direito da União, que se desdobra nos subprincípios do efeito direto, prevalência na aplicação, uniformidade na aplicação, interpretação conforme e responsabilidade pelo Estado. O princípio da prevalência do direito da União sobre o direito nacional, em particular, deve ser entendido em linha com o artigo 288.º TFUE quando dispõe o carácter obrigatório dos regulamentos, disposição que ficaria desprovida de significado se o Estado pudesse anular os seus efeitos unilateralmente através de um ato normativo posterior. Por este motivo, tem sido entendido que os órgãos nacionais estão sujeitos à obrigação de garantir a plena eficácia do direito europeu, ainda que mediante a desaplicação das normas nacionais. Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União*, 9.ª ed., Almedina: Coimbra (2019), 353 a 361.

da prestação dos serviços financeiros essenciais para a economia, a proteção da estabilidade financeira, os interesses dos contribuintes ou dos depositantes, ou a proteção dos fundos e ativos detidos pelas instituições de crédito em nome e por conta dos seus clientes e a prestação dos serviços de investimento relacionados.

Quer isto dizer que, a somar aos problemas que esta solução suscita ao nível europeu, não podemos deixar de expressar as maiores dificuldades em cogitar um cenário no qual o respeito pelas condições comerciais na alienação da instituição de transição através de um processo aberto e transparente que assegure um tratamento equitativo aos potenciais adquirentes e o acesso a informação relativa à situação financeira e patrimonial da instituição, colida com as finalidades da resolução.

V. No artigo 515.º/1 do ACAB, é disciplinada a cessação da aplicação das regras relativas às instituições de transição, onde são estabelecidas as seguintes causas:

- a) a verificação pelo Banco de Portugal de que se encontram asseguradas as finalidades da resolução;
- b) a alienação de parte significativa ou da totalidade dos direitos e obrigações da instituição de transição;
- c) a alienação de parte significativa ou da totalidade da titularidade das ações ou de outros títulos representativos do capital social da instituição de transição;
- d) a fusão da instituição de transição com outra entidade;
- e) a instituição de transição deixar de cumprir os requisitos previstos no n.º 1 do artigo 507.º;
- f) a liquidação da totalidade dos ativos e o pagamento da totalidade dos créditos perante a instituição de transição;
- g) o decurso do prazo previsto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 507.º.

Uma vez decidida a cessação da aplicação das regras relativas às instituições de transição, caso se trate da alienação de parte significativa ou da totalidade dos direitos e obrigações da instituição de transição, ou do decurso do prazo previsto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 507.º, o Banco de Portugal propõe a revogação da autorização da

instituição, seguindo-se o regime da liquidação, salvo se a instituição de transição tiver sido utilizada para mais que uma instituição de crédito objeto de resolução.

As receitas geradas pela cessação da atividade da instituição de transição serão utilizadas para cobrir as despesas incorridas por força da aplicação das medidas de resolução ou do exercício dos poderes (artigo 565.º), revertendo o remanescente para os acionistas (da instituição de transição), ao abrigo do artigo 515.º.

4.1.3. Segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos (*Asset separation*)

I. A segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos corresponde à terceira medida de resolução à disposição da autoridade de resolução. Trata-se da determinação, pelo Banco de Portugal, da segregação e transferência, parcial ou total, de direitos e obrigações, por si selecionados, de uma instituição de crédito objeto de resolução ou de uma instituição de transição para veículos de gestão de ativos constituídos para o efeito (artigo 516.º/1 do ACAB).

Para esta medida ser adotada, tem de se verificar uma situação em que:

- a) a liquidação dos direitos e obrigações em causa no âmbito de um processo de insolvência tenha efeitos adversos nos mercados financeiros (artigo 516.º/2);
- b) a sua transferência seja necessária para assegurar o bom funcionamento da instituição em causa e para maximizar as receitas resultantes da sua posterior alienação ou liquidação (artigo 516.º/2);
- c) a autoridade de resolução decida aplicar uma das outras três medidas de resolução imediatamente antes, em simultâneo ou em momento posterior (artigo 499.º/2).

II. O veículo de gestão de ativos é uma pessoa coletiva constituída por decisão do Banco de Portugal para administrar os direitos

e obrigações transferidos, com o objetivo de maximizar o seu valor com vista a uma posterior alienação ou liquidação (artigo 517.º). O seu capital social é subscrito e realizado total ou parcialmente pelo Fundo de Resolução. Os seus estatutos são aprovados pelo Banco de Portugal, instituição responsável por designar os membros dos seus órgãos de administração e de fiscalização, mediante proposta da respetiva assembleia geral, salvo aquando da constituição do veículo de gestão de ativos, situação em que não se requer a aludida proposta. O Banco de Portugal pode emitir recomendações e determinações específicas dirigidas aos órgãos de administração e fiscalização do veículo de gestão de ativos, podendo sujeitar à sua aprovação prévia certos atos a praticar por estes órgãos, bem como limitar as suas competências (artigo 518.º).

III. Relativamente ao regime aplicável, os veículos de gestão de ativos regem-se pelo Código das Sociedades Comerciais, não lhes sendo aplicável o regime das instituições de crédito nem o Regime Jurídico do Setor Público Empresarial (artigo 519.º).

IV. Por fim, no que respeita à cessação da atividade do veículo de gestão de ativos, aplica-se o regime das instituições de transição, salvo no que respeita à revogação da autorização e respetivas consequências (artigo 524.º do ACAB).

4.2. Recapitalização interna (*Bail-in*)

I. A recapitalização interna, também conhecida como *bail-in*, é uma medida de resolução aplicada com vista a reforçar os fundos próprios de uma instituição de crédito de forma a que esta volte a cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade e obtenha financiamento de forma autónoma e em condições sustentáveis junto dos mercados financeiros (artigo 525.º/2 ACAB).

O recurso à recapitalização interna pode tomar lugar por via:

- a) da recapitalização da instituição de crédito, através da exigência da autoridade de resolução de que a instituição em causa emita novas ações ou outros instrumentos de capital⁴⁸ [artigo 27.º/1a) do Regulamento MUR]; ou
- b) do exercício dos poderes de:
 - a. redução, parcial ou total, do valor nominal dos créditos incluídos no âmbito da recapitalização interna;
 - b. conversão, parcial ou total, dos créditos incluídos no âmbito da recapitalização interna em capital social mediante a emissão de ações ordinárias ou títulos representativos do seu capital social ou do da respetiva empresa-mãe (artigo 525.º ACAB).

Na prática, o exercício destes poderes de redução e conversão dos créditos consiste numa operação de redução dos passivos ou da sua conversão em ações ordinárias. Esta última opção, além de distribuir as perdas em função do risco assumido, dilui as participações sociais existentes e atribui aos credores em causa o conjunto de poderes associado ao estatuto de sócio⁴⁹.

II. Conforme vinha já sendo exigido no artigo 145.º-X do RGI-CSF, as instituições de crédito devem incluir uma cláusula nos contratos constitutivos de um crédito nos termos da qual o credor reconhece que esse crédito pode ser objeto dos poderes de redução ou de conversão de instrumentos de fundos próprios e de créditos elegíveis ou da medida de recapitalização interna e aceita a produção dos respetivos efeitos, nos termos do artigo 534.º do ACAB⁵⁰.

⁴⁸ Figueiredo/Sequeira, *Medidas* cit., 533.

⁴⁹ Figueiredo/Sequeira, *Medidas* cit., 533 a 535; Podgórski, *The Single* cit., 235.

⁵⁰ A sua disciplina foi agora sujeita a algumas alterações. Conforme consta na exposição de motivos do anteprojeto sujeito a consulta pública:

Com efeito, a prática veio a demonstrar que nem sempre era possível às instituições promoverem a inserção de uma cláusula contratual de acordo com a qual a contraparte reconhecesse que o respetivo crédito pode ser objeto da aplicação da medida de resolução de *bail-in*, seja porque tal não é permitido pela lei do país terceiro relevante, seja por estarem em causa protocolos internacionais ou cláusulas *standard* acordadas a nível internacional.

III. Quando a medida é aplicada de forma a restabelecer a solidez financeira e a viabilidade da instituição de crédito, o seu órgão de administração elabora um plano de reorganização do negócio, nos termos do artigo 531.º, que será avaliado e aprovado pelo Banco de Portugal, nos termos do artigo 532.º. Este plano será executado pelo órgão de administração da instituição, que apresentará um relatório semestral ao Banco de Portugal sobre os progressos alcançados (artigo 533.º).

O programa de resolução deve estabelecer o montante agregado em que deve ser reduzido ou convertido o valor dos créditos elegíveis, os passivos que podem ser excluídos e os objetivos e o conteúdo mínimo do plano de reorganização do negócio a apresentar (artigo 27.º/1 do Regulamento MUR).

IV. Os créditos abrangidos pela recapitalização interna são selecionados pelo Banco de Portugal, estando a sua discricionariedade limitada pelos artigos 526.º e 528.º do ACAB. O regime da aplicação da medida seguirá, depois, os artigos 477.º a 482.º (do capítulo relativo à redução ou de conversão de instrumentos de fundos próprios e créditos elegíveis), por remissão dos artigos 528.º e 529.º.

Consequentemente, a redução do valor nominal dos créditos é definitiva, não implica o pagamento de qualquer compensação além da que possa resultar da conversão dos créditos e faz cessar perante o seu titular qualquer obrigação relacionada com o instrumento de fundos próprios ou com o crédito elegível no montante em que o respetivo valor nominal desse instrumento ou crédito tenha sido reduzido (artigo 478.º). O Banco de Portugal fixa a taxa de conversão (artigo 479.º), pratica todos os atos necessários ao exercício dos poderes no âmbito da recapitalização interna (artigo 480.º) e afere a adequação dos novos acionistas, nos termos do artigo 482.º.

O exercício, pelo Banco de Portugal, dos poderes de redução ou conversão, no âmbito da recapitalização interna, produz efeitos

Assim, a revisão desta matéria operada pela BRRD II – e que se encontra transposta no ACAB – irá permitir às instituições que invoquem (perante a autoridade de resolução e sujeita à sua avaliação) a impraticabilidade, a nível jurídico ou de outro modo, de incluir nas disposições contratuais que regem um determinado crédito a cláusula contratual exigida.

independentemente de qualquer disposição contratual ou legal, sendo título suficiente para o cumprimento de qualquer formalidade legal. Além disto, esta decisão da autoridade de resolução não constitui fundamento para a execução de garantias prestadas por uma entidade que com a instituição se encontre em relação de grupo, nem para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação, caducidade ou alteração de condições ou circunstâncias (artigo 481.º).

Caso o Banco de Portugal decida excluir da aplicação da medida de recapitalização interna determinados créditos e não seja possível distribuir pelos restantes credores os prejuízos que teriam sido suportados por esses créditos, implicando que estes credores suportem um prejuízo superior ao que lhes caberia caso a instituição fosse liquidada, o Banco de Portugal pode determinar ao Fundo de Resolução que preste à instituição de crédito objeto de resolução o apoio financeiro necessário para suportar estes prejuízos ou para adquirir instrumentos de capital da instituição, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 527.º.

De acordo com o artigo 529.º, os créditos incluídos no âmbito da recapitalização interna extinguem-se na parte em que forem reduzidos, deixando o seu pagamento ou quaisquer outras obrigações não vencidas relacionadas com o mesmo de ser exigíveis.

Conclusões

I. Dia 29 de outubro de 2020, o Banco de Portugal publicou o Anteprojeto do Código da Atividade Bancária, que virá, eventualmente, substituir o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. Além de substituir o RGICSF, este novo Código tem ainda a pretensão de reunir um conjunto de diplomas até agora dispersos e de proceder à transposição de um conjunto de diretivas europeias.

Publicado em 1992, o RIGCSF já conta quase 30 anos, tendo passado por muitas e profundas reformas (desde logo, vai já na 56.^a versão), sendo de nem sempre fácil aplicação.

II. No que respeita à resolução bancária, em particular, a maioria das soluções do novo Código constavam já do RGICSF. Não obstante, destacam-se as seguintes alterações:

- i) A eliminação do limite à transferência para a instituição de transição relativo aos direitos de crédito sobre a instituição de crédito objeto de resolução detidos por pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2 % do capital social da instituição de crédito ou tenham sido membros dos órgãos de administração da instituição de crédito, do atual artigo 145.º-Q/3 do RGICSF;
- ii) O disposto no artigo 514.º/8 do ACAB, que admite que o Banco de Portugal promova a alienação da instituição de transição desviando-se dos requisitos fixados nos números anteriores, se for necessário para assegurar a prossecução das finalidades da resolução;
- iii) A transposição das novidades da BRRD II para o regime da medida de recapitalização interna (*bail in*);
- iv) O regime do poder de moratória.

III. Num balanço global, a revisão da disciplina da resolução, apesar de parca, é claramente meritória, desde logo, pela melhor sistematização e articulação com o regime europeu e pela simplificação que procurou trazer, facilitando a sua interpretação e aplicação. Contudo, conforme foi desenvolvido ao longo do texto, nem todas as novidades são positivas, com destaque para o novo artigo 514.º/8, que além de se afastar do regime europeu, consagra um regime de muito difícil aplicação. Observa-se ainda a manutenção da preferência pela máxima clareza das disposições em detrimento de formulações sintéticas, solução que, se tem o mérito de evitar equívocos desnecessários, contribui para a excessiva extensão do diploma.