



## O novo quadro da resolução bancária

Mafalda Miranda Barbosa<sup>1</sup>

### 1. Introdução

O Anteprojeto da Atividade Bancária, que vem revogar o Regime Jurídico das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, introduz relevantes alterações ao regime da resolução bancária.

Importa, por isso, acompanhar as novas regras, de modo a compreender-se o futuro quadro de intervenção em instituições financeiras em risco de liquidação.

### 2. Medida corretiva, medida de intervenção precoce, administração provisória e resolução

Nos termos do artigo 139º RGICSF, o Banco de Portugal pode, tendo em vista a salvaguarda da solidez financeira de uma instituição de crédito, os interesses dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro, adotar uma de três magnas medidas previstas no diploma: a intervenção corretiva, a administração provisória ou uma medida de resolução. Entre elas,

---

<sup>1</sup> Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Orcid: 0000-0003-0578-4249.



e de acordo com o artigo 140º do mesmo diploma, o Banco de Portugal não fica vinculado a uma relação de precedência, podendo optar por uma das medidas em detrimento da outra ou podendo, mesmo, combiná-las entre si.

O artigo 361º Anteprojeto do Código da Atividade Bancária dispõe que “o Banco de Portugal não se encontra vinculado a seguir qualquer relação de precedência na adoção de medida corretiva, medida de intervenção precoce, administração provisória e resolução, podendo, de acordo com a situação, combinar medidas de natureza diferente sem prejuízo, em qualquer caso, do respeito pelos respetivos pressupostos”. Da mesma forma, o artigo 487º/1 dispõe que “a aplicação de medidas de resolução não depende da prévia aplicação de medidas de intervenção precoce ou da designação de administradores provisórios”.

Parece, portanto, que o sistema móvel de que falava Menezes Cordeiro por referência ao quadro normativo ainda vigente se mantém<sup>2</sup>. O regulador, movendo-se sempre em obediência aos princípios da adequação e da proporcionalidade, tendo em conta a situação concreta, continua a ter uma ampla margem de conformação da sua atuação. Não obstante, e tal como chamávamos a atenção por referência à legislação ainda em vigor, a aplicação de qualquer uma destas medidas fica sempre dependente

---

<sup>2</sup> Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 5ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2014, 1125.

A este propósito Mariana Duarte SILVA, “Os Novos Regimes de Intervenção e Liquidação aplicáveis às Instituições de Crédito”, *O Novo Direito Bancário* (Paulo Câmara), Almedina, Coimbra, 2012, 378, fala da natureza de poderes deveres relativamente aos poderes do Banco de Portugal.



da verificação dos respetivos pressupostos; e, atenta a gravidade de uma medida como a medida de resolução, podemos aventar uma possível natureza de última *ratio* para ela<sup>3</sup>.

De acordo com o artigo 487º/1, b) CAB um dos requisitos para a aplicação de uma medida de resolução passa por não ser previsível que a situação de insolvência da instituição de crédito seja 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 previstos nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 475º.

### 3. Intervenção precoce

Nos termos do artigo 362º CAB, caso uma instituição de crédito não cumpra ou esteja em risco de não cumprir no futuro próximo os requisitos impostos pelas normas que disciplinam a sua atividade, designadamente, as normas do CAB, do Regulamento (UE) nº 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, ou outros regimes especiais, devido, nomeadamente, a uma deterioração rápida da sua situação financeira, incluindo a sua situação de liquidez, um aumento do

---

<sup>3</sup> Cf. Tiago Sousa e COSTA, Tiago Sousa e COSTA, *Da Nova Architectura Europeia da Supervisão Bancária – Considerações a Propósito do Mecanismo de Resolução*, Coimbra, 2015, 25; Mariana Duarte SILVA, “Os novos regimes de intervenção”, 405 s.



rácio de alavancagem, empréstimos em incumprimento ou concentração de posições em risco, tal como avaliada com base num conjunto de fatores de desencadeamento, o Banco de Portugal pode intervir precocemente.

Não existe apenas uma medida de intervenção precoce, mas variadíssimas, conforme resulta do elenco previsto no artigo 362º CAB: elaboração e apresentação, pelo órgão de administração da instituição de crédito, de um programa de ação que identifique e proponha soluções calendarizadas tendo em vista assegurar o cumprimento ou eliminar o risco de não cumprir normas legais ou regulamentares que disciplinem a sua atividade; execução ou aplicação, pelo órgão de administração, de mecanismos ou medidas estabelecidos no plano de recuperação ou a atualização do referido plano, quando as circunstâncias que motivaram a intervenção precoce sejam distintas dos pressupostos previstos no plano de recuperação inicial e a execução de mecanismos ou medidas previstos no plano de recuperação atualizado, dentro de um prazo específico, tendo em vista assegurar o cumprimento ou eliminar o risco de não cumprimento; apresentação de um plano de reestruturação pela instituição de crédito em causa; suspensão do órgão de fiscalização e designação de uma comissão de fiscalização ou de um fiscal único; restrições à concessão de crédito e à aplicação de fundos em determinadas espécies de ativos; restrições à receção de depósitos, em função das respetivas modalidades e da remuneração; imposição da constituição de provisões especiais; proibição ou limitação da distribuição de dividendos; sujeição de certas operações ou de certos atos à aprovação prévia do Banco de Portugal; obrigatoriedade de prestação de informações adicionais; apresentação pela instituição de crédito de um plano para a



negociação da reestruturação da dívida com os respectivos credores; realização de uma auditoria; alterações nas estruturas orgânicas e funcionais da instituição; alteração da estratégia de gestão da instituição; destituição e substituição de membros dos órgãos de administração e fiscalização quando, por qualquer motivo, deixam de estar preenchidos os requisitos legais de adequação para o exercício do respetivo cargo; realização de contactos, pela instituição de crédito em causa, com possíveis adquirentes dos seus direitos e obrigações.

De acordo com o artigo 363º CAB, as medidas de intervenção precoce presumem-se com carácter de urgência.

De acordo com o artigo 366º CAB, sempre que as medidas de intervenção precoce se revelem insuficientes ou exista o justo receio da sua insuficiência para ultrapassar a situação de deterioração significativa da instituição e a respetiva recuperação financeira, ou se verifique alguma das situações previstas no citado preceito, o Banco de Portugal pode suspender, fazer cessar funções ou destituir membros do órgão de administração ou da direção de topo da instituição.

Se tal suspensão ou destituição dos membros dos órgãos de administração não se mostrar suficiente, pode o Banco de Portugal designar um ou mais administradores provisórios para a instituição de crédito, desde que reúnam os requisitos legais de adequação para o exercício do cargo, nos termos do artigo 367º CAB.

Qualquer uma destas medidas pode ser gravosa. Como explica Menezes Cordeiro por referência à medida de suspensão ou substituição de um ou mais membros dos órgãos de administração



ou de fiscalização prevista no artigo 141º/1 s) RGICSF<sup>4</sup>, “ela atinge o direito de propriedade - *lato sensu* – previsto e garantido pela Constituição; enfraquece, num momento delicado, a imagem da instituição onde se intervenha; traduz-se, em regra, por uma quebra imediata interna: os administradores ou os fiscalizadores indicados pelo BP não conhecem os *dossiers* e, por bem preparados que estejam, ficam, num primeiro momento, nas mãos dos quadros da instituição em causa”.

#### 4. Medida de resolução

No desempenho das suas funções de resolução o Banco de Portugal deve fiscalizar o cumprimento das normas legais e regulamentares relativas à resolução; elaborar, aprovar e atualizar planos de resolução; e aplicar medidas de resolução.

Para tanto, é necessário que se cumpra o requisito da resolubilidade da instituição de crédito. De acordo com o artigo 468º CAB, uma instituição de crédito ou um grupo são passíveis de resolução se o Banco de Portugal considerar a liquidação dessa instituição de crédito ou de entidades do grupo ou a aplicação de medidas e poderes de resolução exequíveis e credíveis a essa instituição de crédito ou às entidades de resolução do grupo, permitindo assegurar a continuidade das funções críticas

---

<sup>4</sup> Para uma compatibilização desta medida com a medida de administração provisória, cf. Tiago Sousa e COSTA, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária*, 30.



desenvolvidas pela instituição de crédito ou pelas entidades de resolução do grupo, evitando, tanto quanto possível, consequências adversas significativas, incluindo situações de instabilidade financeira mais generalizada ou eventos sistémicos para o sistema financeiro nacional. Na avaliação que faça dessa resolubilidade, o Banco de Portugal há de ter em conta determinados elementos, expressamente mencionados no artigo 468º/2 CAB, designadamente, a capacidade da instituição de crédito ou do grupo para discriminar as linhas de negócio estratégicas e as funções críticas por si desenvolvidas; o alinhamento das estruturas jurídicas, societárias e operacionais com as linhas de negócio estratégicas e as funções críticas; a existência de mecanismos que assegurem os recursos humanos, as infraestruturas, o financiamento, a liquidez e o capital necessários para apoiar e manter as linhas de negócio estratégicas e as funções críticas; a possibilidade de assegurar que, em caso de resolução, não serão utilizados mecanismos de apoio financeiro público extraordinário, para além da utilização do apoio prestado pelo Fundo de Resolução; a possibilidade de assegurar que, em caso de resolução, se mantém a validade e eficácia dos contratos de prestação de serviços celebrados pela instituição de crédito ou pelo grupo; a adequação da estrutura de governo da instituição de crédito ou das entidades do grupo para gerir e assegurar o cumprimento das políticas internas no que respeita aos seus acordos de nível de serviço; a existência de processos estabelecidos na instituição de crédito ou nas entidades do grupo que, em caso de separação das funções críticas ou das linhas de negócio estratégicas, permitam a transição dos serviços prestados a terceiros ao abrigo dos acordos de nível de serviço; a existência de planos e medidas de contingência para assegurar a continuidade do acesso aos sistemas de pagamento e



liquidação; a adequação dos sistemas de informação de gestão para assegurar que as autoridades de resolução podem obter informações exatas e completas no que respeita às linhas de negócio estratégicas e às funções críticas, de forma a facilitar um processo decisório rápido; a capacidade dos sistemas de informação de gestão para fornecer as informações essenciais para a resolução eficaz da instituição de crédito ou do grupo em qualquer momento, mesmo em caso de alteração célere das condições; a avaliação efetuada pela instituição de crédito ou pelo grupo da adequação dos seus sistemas de informação de gestão, através da realização de testes com base em cenários de esforço; a capacidade de a instituição de crédito ou do grupo assegurar a continuidade dos seus sistemas de informação de gestão; a existência de mecanismos da instituição de crédito ou do grupo adequados para assegurar a prestação das informações necessárias à identificação dos seus depositantes e dos depósitos cobertos pelo Fundo de Garantia de Depósitos ou por outro sistema de garantia de depósitos; a possibilidade de a prestação de garantias intragrupo ou de a existência de operações contabilísticas simétricas (*back-to-back booking transactions*) aumentar o contágio dentro do grupo; a possibilidade de a estrutura jurídica do grupo limitar a aplicação de medidas de resolução em consequência do número de entidades, da complexidade da estrutura do grupo ou da dificuldade em identificar que entidades do grupo são responsáveis por cada linha de negócio; o montante e o tipo de créditos elegíveis; a adequação da aplicação de medidas de resolução às suas finalidades, tendo em conta as medidas disponíveis e a estrutura da instituição de crédito ou do grupo; a adequação da estrutura do grupo para resoluções do grupo no seu todo ou das suas entidades sem provocar consequências negativas significativas no sistema financeiro, na





confiança no mercado ou na economia, e que tenham em vista a sua máxima valorização possível; a existência de mecanismos e meios através dos quais a resolução possa ser facilitada no caso de grupos com filiais estabelecidas em diversos ordenamentos jurídicos; a credibilidade da adoção de medidas de resolução de acordo com os seus objetivos, tendo em conta as possíveis consequências para os credores, trabalhadores, clientes e contrapartes, bem como as eventuais medidas que possam ser levadas a cabo por autoridades de países terceiros; a possibilidade de se proceder a uma avaliação adequada das consequências da resolução sobre o sistema financeiro e sobre a confiança nos mercados financeiros; a possibilidade de a resolução provocar consequências negativas significativas no sistema financeiro, na confiança no mercado ou na economia; a possibilidade de o contágio a outras instituições de crédito ou aos mercados financeiros poder ser contido através da aplicação de medidas e poderes de resolução; a possibilidade de a resolução poder provocar um efeito significativo sobre o funcionamento dos sistemas de pagamento e liquidação.

O juízo de resolubilidade parece, assim, complexificar-se, não se bastando com uma ponderação matematicista que tenha em conta os ativos e os passivos da instituição financeira.

Além disso, o Banco de Portugal, “tendo concluído a avaliação da resolubilidade de uma entidade, pode determinar a existência de impedimentos substanciais à sua resolubilidade”, seguindo-se uma notificação à entidade em questão e às autoridades de resolução dos Estados membros da União Europeia onde estejam sediadas sucursais tidas por relevantes. Com base em tal comunicação, a entidade de resolução pode propor possíveis medidas para reduzir



ou eliminar os impedimentos em questão, nos termos do artigo 469º/2 CAB. Tais medidas podem ser complementadas por outras impostas ou propostas pelo Banco de Portugal, se justificadamente considerar que as medidas indicadas pela entidade não são suficientes para reduzir ou eliminar os impedimentos à resolubilidade.

A aplicação de uma medida de resolução fica, assim, dependente do preenchimento de diversos pressupostos, nomeadamente que a) tenha sido declarado pelo Banco de Portugal, no exercício das suas funções de autoridade de supervisão ou de resolução, que uma instituição de crédito está em risco ou em situação de insolvência; que b) não seja previsível que a situação de insolvência seja 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 previstos nas alíneas c) e d) do nº 1 do artigo 475º; que c) as medidas de resolução sejam necessárias e proporcionais à prossecução de alguma das finalidades da resolução, previstas no artigo 485º CAB; e que 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 da resolução.

O risco ou situação de insolvência verifica-se, nos termos do artigo 487º/2 CAB, quando a) a instituição de crédito deixou de cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade ou existirem fundadas razões para considerar que, a curto prazo, a instituição deixa 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 forem inferiores aos seus passivos ou existirem fundadas razões para considerar que o serão a curto prazo; c) a instituição de crédito estiver impossibilitada de cumprir as suas obrigações ou houver fundadas razões para considerar que a curto prazo o possa ficar; d) seja 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, consista na concessão pelo Estado de garantias pessoais ao cumprimento das obrigações assumidas em contratos de financiamento, 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 476º.

A adoção uma medida de resolução tem como finalidade 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) salvaguardar 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.

Significa isto que, complexificando-se em alguns pontos o procedimento tendente à aplicação da medida, se mantém inalterado o escopo da intervenção do Banco de Portugal.

Nos termos do artigo 492º CAB, antes da aplicação de uma medida de resolução ou do exercício de poderes de resolução quando este preceda a aplicação daquela medida, o Banco de Portugal designa uma entidade independente para, em prazo a fixar por aquele, avaliar os ativos, passivos e elementos extrapatrimoniais dessa instituição. De acordo com o artigo 493º/3 CAB, tal avaliação deve ser justa, prudente e realista, mais se dispondo no artigo 493º/4 CAB que “é realizada com recurso a metodologias comumente aceites e baseia-se em pressupostos prudentes e transparentes, nomeadamente quanto às taxas de incumprimento e à gravidade dos prejuízos, não pressupondo qualquer apoio financeiro público extraordinário, a concessão pelo Banco de Portugal de liquidez em caso de emergência ou de liquidez em condições não convencionais quanto à prestação de garantias, prazos e taxas de juro”, e, por força do artigo 492º/2 CAB, que é levada a cabo por uma entidade independente da instituição de crédito objeto de resolução, do Banco de Portugal e de qualquer autoridade pública.

Tal avaliação visa assegurar que todos os prejuízos da instituição em causa sejam conhecidos quando sejam aplicadas medidas de resolução e, deste modo, fundamentar a decisão do Banco de Portugal quanto à verificação das condições de aplicação das



medidas de resolução. Ao mesmo tempo, ela é fundamental para determinar qual das medidas de resolução é adequada à concreta instituição de crédito e à situação por ela vivenciada, bem como para determinar os direitos e obrigações, que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, a transferir no âmbito da aplicação de medidas de resolução e o valor da eventual contrapartida a pagar à instituição de crédito objeto de resolução ou aos acionistas e titulares de outros títulos representativos do capital social, nos termos dos artigos 512º e 522º; e ainda para determinar o que se considera serem condições comerciais para efeitos do nº3 do artigo 514º e para determinar a medida de redução do valor nominal dos créditos incluídos no âmbito da recapitalização ou da conversão dos mesmos em capital social.

Ademais, serve também para graduar os acionistas e credores de acordo com a lei e os termos e condições dos respetivos instrumentos e contratos e realizar uma estimativa do nível de recuperação dos direitos dos acionistas e dos direitos de crédito de cada classe de credores caso não fosse aplicada uma medida de resolução e, conseqüentemente, a instituição de crédito entrasse em liquidação.

A par desta avaliação, o Banco de Portugal determina, imediatamente após a produção de efeitos da medida de resolução, que uma entidade independente por si designada avalie se, 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, os acionistas e os credores da instituição de crédito objeto de resolução suportariam um prejuízo inferior ao que suportaram em consequência da aplicação da medida de



resolução. Tal avaliação serve para aferir os prejuízos que acionistas e credores teriam suportado se a instituição de crédito tivesse entrado em liquidação e os prejuízos que efetivamente suportaram em consequência da aplicação da medida de resolução à instituição de crédito objeto de resolução. Apura-se, por esta via, a diferença entre os dois montantes. Para tanto, deve pressupor-se que a medida de resolução não teria sido aplicada nem produzido efeitos e que a instituição de crédito objeto de resolução entraria em liquidação no momento em que foi aplicada a medida de resolução, não se devendo ter também em conta, quando for o caso, a concessão de apoio financeiro público extraordinário à instituição de crédito objeto de resolução. Caso se apure uma diferença entre os prejuízos que suportariam e aqueles que efetivamente suportam, os acionistas e credores da instituição bancária têm direito ao pagamento do montante correspondente, por parte do Fundo de Resolução.

A avaliação a que se refere o artigo 498º CAB torna-se, assim, extremamente importante para dar cumprimento aos princípios que devem reger a aplicação de uma medida de resolução.

De facto, de acordo com o artigo 486º CAB, nenhum acionista ou credor pode suportar um prejuízo superior ao que suportaria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação. Por aqui, podemos extrair duas conclusões de não pequena importância: em primeiro lugar, apesar de o sistema determinar que os acionistas da instituição de crédito objeto de uma medida de resolução suportam em primeiro lugar os prejuízos da instituição em causa, suportando-os em seguida, e em condições equitativas, de acordo com a graduação dos seus créditos, os credores da referida instituição, não suportando os depositantes qualquer prejuízo relativamente aos



depósitos cobertos pelo Fundo de Garantia de Depósitos, a intencionalidade normativa não passa por um pendore sancionatório-punitivo, impondo apenas uma repartição do risco associado a uma situação de insolvência do banco que obedece ao tipo de ligação de cada um dos sujeitos com a instituição. Em segundo lugar, se o Fundo de Resolução não apresentar liquidez suficiente para suportar o diferencial apurado, a medida de resolução que se poderia justificar pelas circunstâncias do caso e, entre outras finalidades, para conter o risco de sistémico e proteger os interesses dos contribuintes e salvaguardar o erário público, não se vai mostrar apta para cumprir tal desiderato<sup>5</sup>.

Aplaudese, por isso, o facto de o juízo de resolubilidade dever ter em conta a possibilidade de se assegurar que, em caso de resolução, não serão utilizados mecanismos de apoio financeiro público extraordinário, para além da utilização do apoio prestado pelo Fundo de Resolução. Trata-se de um ponto inovador do Código da Atividade Bancária, que poderá funcionar como um expediente útil para que experiências passadas de resolução, que redundaram, afinal, na necessidade de financiamento público extraordinário constante, não se repitam no futuro.

---

<sup>5</sup> Cf., sobre o ponto, A. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 1140, considerando que “em face de grandes instituições ou de uma crise generalizada, haverá que intervir em larga escala. E aí, o Fundo de Resolução, impedido, para mais, de recorrer ao Banco Central, será provavelmente insuficiente”.



## **5. As diversas medidas de resolução**

Tal como sob a égide do RGICSF, o anteprojeto do Código da Atividade Bancária prevê a existência de várias medidas de resolução. Trata-se, portanto, de uma categoria complexa que alberga no seu seio diversas formas de intervenção.

De acordo com o artigo 499º CAB, o Banco de Portugal pode aplicar as seguintes medidas de resolução: a) alienação da atividade; b) transferência da atividade para instituições de transição; c) segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos; d) recapitalização interna.

Estas medidas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Exceção feita para a medida de segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos, que apenas pode ser aplicada conjuntamente com a aplicação de outra medida de resolução, como se compreenderá pelo seu próprio funcionamento.

### **5.1. Alienação (total ou parcial) de atividade**

O Banco de Portugal pode determinar a alienação parcial ou total de direitos e obrigações de uma instituição de crédito objeto de resolução, que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição, e da titularidade das ações ou outros títulos representativos do seu capital social a um ou mais adquirentes, seja ele uma instituição de crédito autorizada a desenvolver a atividade em causa ou uma entidade que tenha requerido autorização para o exercício dessa





atividade, excluindo instituições de transição nos termos do artigo 500º CAB. Para tanto, promove a transferência para um adquirente dos direitos e obrigações e da titularidade das ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, assegurando aos potenciais adquirentes um tratamento equitativo e transparente, atendendo às circunstâncias do caso concreto e à urgência da decisão; as condições de acesso a informação relevante respeitante à situação financeira e patrimonial da instituição de crédito objeto de resolução, para efeitos de avaliação dos direitos e obrigações; ao mesmo tempo que procura evitar a ocorrência de conflitos de interesses e maximizar o preço da alienação.

Operada a alienação, o Banco de Portugal pode, a todo o tempo, determinar a alienação de outros direitos e obrigações da instituição de crédito objeto de resolução, e, desde que obtida a autorização do adquirente, determinar a devolução de direitos e obrigações que haviam sido alienados, à instituição de crédito objeto de resolução, ou determinar a devolução da titularidade de ações ou de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, que haviam sido alienados, aos respetivos titulares no momento da decisão de alienação.

Havendo lugar ao pagamento de uma contrapartida por parte do adquirente, esta reverte para os 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 determina a alienação da titularidade das suas ações ou dos seus títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução; ou a instituição de crédito objeto de resolução,



nos casos em que o Banco de Portugal determina a alienação parcial ou total de direitos e obrigações, que nomeadamente constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição de crédito objeto de resolução.

A aplicação desta medida de resolução corresponde a uma cessão de direitos que opera por força da lei, considerando que a decisão que determine a alienação gera como efeito a transmissão da titularidade dos direitos e obrigações para o adquirente, sendo este considerado, para todos os efeitos legais e contratuais, como sucessor nos direitos e obrigações alienados. Isso explica determinadas regras que são ditadas pelo legislador. Assim, a decisão produzirá efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, nos termos do artigo 502º/1 CAB.

Por outro lado, a cessão não fica dependente o consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, das partes em contratos relacionados com os direitos e obrigações a alienar nem de quaisquer terceiros.

Conforme referido, o adquirente é considerado, para todos os efeitos legais e contratuais, sucessor da instituição de crédito objeto de resolução nos direitos e obrigações transmitidos ou dos titulares das ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito na titularidade desses instrumentos e títulos.

Se a decisão do Banco de Portugal determinar a alienação parcial dos direitos e obrigações, não fica prejudicada a cessão integral para o adquirente das posições contratuais das quais emergem esses direitos e obrigações. Mas o Banco de Portugal pode determinar o



contrário, nos termos do artigo 503º/2 CAB.

Por seu turno, os acionistas e os credores da instituição bem como os credores cujos direitos e obrigações não sejam transmitidos para o adquirente não têm qualquer direito sobre os direitos e obrigações transmitidos.

## **5.2. Transferência da atividade para uma instituição de transição**

Num outro cenário, o Banco de Portugal pode determinar a 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. Neste caso, nos termos do artigo 506º/2 CAB, o valor total dos passivos não deve exceder o valor total dos ativos, acrescido, quando aplicável, dos fundos provenientes do Fundo de Resolução ou do Fundo de Garantia de Depósitos.

Trata-se, agora, de outra medida de resolução, prevista anteriormente, no artigo 145º-O RGICSF, a exigir a constituição de um banco de transição, uma pessoa coletiva autorizada a exercer as atividades relacionadas com os direitos e obrigações transferidos, cujo capital é subscrito e realizado total ou parcialmente pelo Fundo



de Resolução<sup>6</sup>, e cuja missão passa por receber e administrar uma parte ou a totalidade dos direitos e obrigações de uma instituição de crédito objeto de resolução ou a titularidade das ações ou de outros títulos representativos do seu capital social com o objetivo de assegurar a continuidade das funções críticas desenvolvidas pela instituição de crédito objeto de resolução e de promover a sua posterior alienação.

Também neste caso, a decisão do Banco de Portugal de transferir total ou parcialmente os direitos e obrigações de uma instituição de crédito para outra constituída para o efeito produz, *ex lege*, o efeito de transmissão da titularidade dos direitos e obrigações da primeira para a segunda. Os direitos e obrigações da instituição de crédito objeto de resolução e a titularidade das ações ou de outros títulos representativos do seu capital social transmitem-se, de pleno direito, para a instituição de transição com a decisão que determina a transferência da atividade para instituições de transição. Estamos, assim, perante uma cessão da posição contratual com todas as consequências dogmáticas que daí advêm.

Assim sendo, repetem-se, neste quadro, as regras segundo as quais a decisão produzirá efeitos independentemente de uma disposição legal ou contratual em contrário, sendo título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a alienação, e a cessão não fica dependente do consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, das

---

<sup>6</sup> O capital social da instituição de transição pode ser subscrito e realizado através do exercício de poderes de redução ou de conversão de instrumentos de fundos próprios e da aplicação da medida de recapitalização interna.



partes em contratos relacionados com os direitos e obrigações a alienar nem de quaisquer terceiros.

As soluções consagradas a propósito da alienação parcial ou total de atividade são igualmente aplicáveis a este nível. De acordo com o artigo 511º CAB, se a decisão do Banco de Portugal determinar a alienação parcial dos direitos e obrigações, não fica prejudicada a cessão integral para a instituição de transição das posições contratuais das quais emergem esses direitos e obrigações, podendo o Banco de Portugal determinar o contrário. Por seu turno, os acionistas e os credores da instituição bem como os credores cujos direitos e obrigações não sejam transmitidos para a instituição de transição não têm qualquer direito sobre os direitos e obrigações transmitidos.

Tal como no caso da alienação da atividade, pode haver uma compensação pela transferência para a instituição de transição dos direitos e obrigações da entidade objeto de resolução. Esta compensação reverte para os acionistas, nos casos em que o Banco de Portugal tenha determinado a transferência da titularidade das suas ações ou dos seus títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução; e para a instituição de crédito objeto de resolução, nos casos em que o Banco de Portugal tenha determinado a transferência de direitos e obrigações, que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição de crédito objeto de resolução.

Depois de aplicada a medida de resolução, o Banco de Portugal pode a todo o tempo determinar a segregação e transferência de direitos e obrigações da instituição de transição para um ou mais veículos de gestão de ativos para o efeito constituídos; determinar



a transferência para a instituição de transição de outros direitos e obrigações da instituição de crédito objeto de resolução e da titularidade de outras ações ou de outros títulos representativos do seu capital social; determinar a devolução de direitos e obrigações que haviam sido transferidos para a instituição de transição à instituição de crédito objeto de resolução, ou determinar a devolução da titularidade de ações ou de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução que haviam sido transferidos para a instituição de transição aos respectivos titulares.

Para tanto é necessário que esta possibilidade esteja expressamente prevista, de forma genérica e global, na decisão que determina a transferência da atividade para instituições de transição e que os direitos, obrigações, ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução transferidos não se insiram nas categorias estabelecidas nas decisões ou não preencham os requisitos ou condições para a sua transmissão fixados nessas decisões.

### **5.3. Segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos**

O Banco de Portugal pode, também, determinar que a transferência de direitos e obrigações de uma instituição de crédito ou de uma instituição de transição, que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição, seja feita para veículos de gestão de ativos para o efeito constituídos, com o objetivo de maximizar o seu valor com vista a uma posterior alienação ou liquidação.



A decisão de segregação de certos direitos e obrigações e a sua transferência para veículos de gestão fica dependente da verificação de determinadas condições. A saber: é necessário que a liquidação dos direitos e obrigações em causa no âmbito de um processo de insolvência tenha efeitos adversos nos mercados financeiros; a sua transferência seja necessária para assegurar o bom funcionamento da instituição de crédito objeto de resolução ou da instituição de transição; e que seja necessária para maximizar as receitas resultantes da sua posterior alienação ou liquidação.

O veículo de gestão é uma pessoa coletiva criada para receber e administrar a parte ou a totalidade dos direitos e obrigações de instituições de crédito objeto de resolução ou de uma instituição de transição, repetindo-se nesta sede algumas das regras a que nos referimos anteriormente a propósito das outras medidas de resolução. Designadamente, também ao nível da segregação de ativos, a decisão de transferência produz efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a transferência, e não fica dependente do consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução ou da instituição de transição, das partes em contratos relacionados com os direitos e obrigações a alienar nem de quaisquer terceiros.

Da mesma forma, prevê-se a possibilidade de uma compensação, bem como a possibilidade de o Banco de Portugal continuar a exercer os seus poderes depois de aplicada a medida de segregação e transferência de ativos para um veículo de gestão.



#### **5.4. Recapitalização interna (*bail-in*)**

Nos termos do artigo 525º CAB, o Banco de Portugal pode determinar a aplicação de uma medida de recapitalização interna para reforçar os fundos próprios de uma instituição de crédito na medida suficiente que lhe permita voltar a cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade e obter financiamento de forma autónoma e em condições sustentáveis junto dos mercados financeiros, nos casos em que exista uma perspetiva razoável de que a aplicação da medida possa realizar as finalidades das medidas de resolução.

Esta recapitalização interna opera por via da redução, parcial ou total, do valor nominal dos créditos incluídos no âmbito da recapitalização interna da instituição de crédito objeto de resolução; ou pela conversão, parcial ou total, dos créditos incluídos no âmbito da recapitalização interna da instituição de crédito objeto de resolução em capital social mediante a emissão de ações ordinárias ou títulos representativos do seu capital social. O Banco de Portugal pode ainda converter os créditos incluídos no âmbito da recapitalização interna da instituição de crédito objeto de resolução em ações ordinárias ou títulos representativos do capital social da respetiva empresa-mãe, e, caso seja estritamente necessário, pode alterar o tipo societário ou o tipo de pessoa coletiva da instituição de crédito objeto de resolução para efeitos da aplicação desta medida, não dependendo essa decisão do prévio cumprimento dos requisitos legais relacionados com o registo comercial e demais procedimentos previstos por lei.

Cabe ao Banco de Portugal selecionar os créditos incluídos no âmbito da recapitalização interna. Contudo, nos termos do artigo





526º/2 CAB, a medida não pode ser aplicada a depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos; créditos que beneficiem de garantias reais prestadas pela instituição de crédito, incluindo as garantias prestadas ao abrigo de um contrato de alienação fiduciária em garantia; créditos das entidades previstas no artigo 407º CAB, com um prazo de vencimento inicial inferior a sete dias, com exceção das entidades que façam parte do mesmo grupo; créditos cujo vencimento ocorrerá em menos de sete dias, de sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários, aos seus operadores ou aos seus participantes, decorrentes da participação nesses sistemas; créditos de trabalhadores em relação ao vencimento, prestações de pensão ou outras remunerações fixas vencidas, 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 174º CAB; 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; créditos por impostos do Estado e das autarquias locais que gozem de privilégio creditório; créditos do Fundo de Garantia de Depósitos relativos ao pagamento das contribuições.

Também não se incluem no âmbito da recapitalização interna os créditos decorrentes da detenção, pela instituição de crédito, de bens ou fundos de clientes por conta dos mesmos, incluindo os bens ou fundos de clientes detidos por conta de organismos de investimento coletivo; e os créditos decorrentes de uma relação fiduciária entre a instituição de crédito, na qualidade de fiduciário,



e um terceiro, na qualidade de beneficiário, quando o terceiro esteja protegido ao abrigo da legislação aplicável em matérias de direito civil e da insolvência.

Acresce que o Banco de Portugal pode excluir, excecionalmente, da aplicação da medida de recapitalização interna determinados créditos ou classes de créditos incluídos no âmbito da recapitalização interna. Para tanto é necessário que se verifiquem as condições previstas no artigo 526º/5 CAB: não ser operacionalmente possível aplicar tempestivamente aqueles poderes; a exclusão ser estritamente necessária e proporcional para garantir a continuidade das funções críticas e das linhas de negócio estratégicas da instituição de crédito objeto de resolução, de modo a assegurar a manutenção das operações, serviços e transações essenciais da instituição; a exclusão ser estritamente necessária e proporcional para evitar uma perturbação grave no funcionamento dos mercados financeiros, com impacto na economia nacional ou da União Europeia, nomeadamente no que diz respeito aos créditos por depósitos elegíveis para a garantia prestada pelo Fundo de Garantia de Depósitos de pessoas singulares e de micro, pequenas e médias empresas, no montante que exceda a cobertura prestada pelo Fundo de Garantia de Depósitos; a aplicação da medida de recapitalização interna a esses créditos conduzir à desvalorização dos ativos da instituição de crédito objeto de resolução de tal forma que os prejuízos suportados pelos restantes credores não excluídos seriam maiores do que se esses créditos tivessem sido excluídos da aplicação daquela medida.

Nos termos do artigo 529º CAB, depois de aplicada a medida de recapitalização interna, extingue-se a parte dos créditos incluídos no âmbito da recapitalização interna que tenha sido reduzida ao



abrigo dessa medida, deixando o seu pagamento ou quaisquer outras obrigações não vencidas relacionadas com o mesmo de ser exigível.

De notar que, de acordo com o artigo 534º CAB, as instituições de crédito incluem uma cláusula contratual nos termos e condições dos instrumentos contratuais constitutivos de um crédito segundo a 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. Colocam-se importantes problemas no que respeita à validade de tais cláusulas.

## **6. Os poderes de resolução**

O Banco de Portugal é, entre nós, a entidade com poderes de resolução. Estes podem ser exercidos conjuntamente com a aplicação de uma medida de resolução, antes, em simultâneo ou em momento posterior.

O exercício de tais poderes não fica dependente do consentimento dos titulares das ações ou de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, das partes em contratos relacionados com direitos e obrigações da mesma nem de quaisquer terceiros; do prévio cumprimento dos requisitos legais relacionados com o registo comercial e demais procedimentos formais previstos na lei; nem do prévio cumprimento de procedimentos de notificação de quaisquer pessoas que de outro modo seriam determinados por lei ou



disposição contratual.

Entre tais poderes contam-se, no que respeita aos direitos alheios, a possibilidade de suspender obrigações de pagamento ou de entrega no quadro de um negócio jurídico no qual a instituição de crédito objeto de resolução seja parte; restringir a execução de garantias reais por parte dos credores beneficiários; suspender os direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação, caducidade ou alteração de condições ou circunstâncias de uma parte nos contratos celebrados com a instituição de crédito objeto de resolução, desde que as obrigações de pagamento e de entrega e a prestação de garantias continuem a ser cumpridas, bem como no caso dos contratos celebrados com uma filial.

A aplicação de uma medida de resolução, em si mesma, não constitui fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa. O que não quer dizer que não se encontrem outros fundamentos para o exercício destes ou outros direitos, que seriam reconhecidos no quadro negocial, atenta a disciplina legal e os princípios fundamentais que regem o direito contratual. De outro modo, aliás, não poderia ser. Consoante os direitos em causa e dependendo da conformação do caso *sub iudice*, poderiam ser as próprias normas constitucionais – na medida em que elevam os direitos dos consumidores a direitos fundamentais, na categoria de direitos de natureza económica e social, e na medida em que o cliente do banco pode ser configurado, em abstrato, como consumidor – a impedi-lo. Independentemente da situação consumerística que



particularmente se possa detetar<sup>7</sup>, sempre haverá que considerar não ser possível que um específico instrumento venha pôr em causa toda a arquitetura negocial. Na verdade, isso implicaria deitar por terra princípios normativos fundamentais, que, com a sua natureza transpositiva, sustentam materialmente, informando e enformando, todo o direito privado e a própria intencionalidade do negócio jurídico.

---

<sup>7</sup> Sobre a possibilidade de o direito do consumo se aplicar no quadro de uma relação bancária, cf. Sofia Nascimento RODRIGUES, *A proteção dos investidores em valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2001, 30 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 315; A. Pinto MONTEIRO, “A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor”, *Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Prof. Doutor António Avelãs Nunes*, vol. LVII, tomo II, 2014, Coimbra, 2320 s. (considerando que muitas normas do direito bancário visam a proteção do consumidor em sentido próprio, enquanto outras visam “finalidades de tutela dos destinatários, sem os identificar, contudo, com os consumidores, mesmo que o legislador ou a doutrina as justifiquem com considerações gerais de proteção dos consumidores”. O Autor refere, também, as regras institucionais, “uma vez que os poderes de controlo, regulação e supervisão das instituições de crédito, visando diretamente, em nome do interesse público, o funcionamento regular, estável, são e prudente do sistema bancário, visam também, ao mesmo tempo ou, pelo menos, indiretamente, a proteção dos depositantes e do sistemas, dos “consumidores” de serviços bancários” – pág. 2321).

Veja-se, ainda, a este propósito, o artigo 321<sup>o</sup>/3 CVM, que equipara o investidor não qualificado ao consumidor e a posição de Gonçalo Castilho dos Santos acerca do preceito. Vide Gonçalo Castilho dos SANTOS, “A responsabilidade civil do intermediário financeiro perante o cliente”, *Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2008, 44 s.

Em sentido contrário, cf. J. Oliveira ASCENSÃO, “A protecção do investidor”, *Direito dos Valores Mobiliários*, IV, 2003, 38 s., considerando que a proteção específica que o investidor não qualificado tem dispensa a aplicação das regras próprias do direito do consumo.



Em relação aos acionistas ou outros titulares de participações sociais, o Banco de Portugal pode exercer, diretamente ou através de pessoas nomeadas para o efeito pelo Banco de Portugal, os direitos conferidos aos titulares de ações ou de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução; reduzir o valor nominal das ações ou de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução e extinguir essas ações ou títulos; exigir que uma instituição de crédito objeto de resolução ou uma instituição de crédito mãe relevante emita novas ações, outros títulos representativos do capital social ou outros valores mobiliários, incluindo ações preferenciais e valores mobiliários de conversão contingente; extinguir os direitos a subscrever ou adquirir novas ações ou outros títulos representativos do capital social.

No tocante aos instrumentos de dívida e outros créditos elegíveis, pode o Banco de Portugal, nos termos do artigo 539º CAB, modificar a data do seu vencimento, bem como modificar o montante ou a data de vencimento dos juros devidos ao abrigo desses mesmos instrumentos de dívida. Estes poderes ficam excluídos nas hipóteses em que os créditos que beneficiem de garantias reais.

O artigo 542º CAB prevê, ainda, outros poderes de resolução.

## **7. A tutela dos credores**

No quadro de uma medida de resolução, os credores são chamados a suportar os prejuízos conforme a hierarquia dos seus



créditos. Isto significa que quem está do lado ativo da relação jurídica é chamado a arcar com os prejuízos de acordo com o risco que previamente assumiu ao ter celebrado um negócio de natureza bancária com a instituição objeto da medida de resolução.

Este simples dado tem consequências de não pequena monta.

Em primeiro lugar, deixa de fazer sentido a oneração do sujeito com um determinado prejuízo correspondente à graduação do seu crédito se o negócio que esteve na base da vinculação não for válido. Se o legislador se preocupou em, na busca dos interesses prosseguidos por via da medida de resolução, garantir uma justa distribuição do risco de insolvência, essa justeza é incompatível com a vinculação forçada de um sujeito que de outro modo se poderia liberar, com eficácia retroativa, da relação com a instituição financeira. Em última instância, o seu crédito – resultante da relação de liquidação, subsequente à invalidação do negócio – corresponderia a um depósito (não obstante a diferença entre o depósito bancário e o negócio bancário inicial de abertura de conta, que aqui não tenho tempo de explicar), sendo graduado a outro nível.

Em segundo lugar, de acordo com o artigo 486º/2 c), 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. Trata-se da consagração do princípio no *creditor worse off*, nos termos do qual ninguém pode ser colocado em pior situação do que aquela em que se encontraria se a instituição tivesse entrado em liquidação no momento da aplicação da medida de resolução. O mesmo surge como uma garantia da constitucionalidade do regime. Caso se apure



uma diferença entre os prejuízos que suportariam se a instituição tivesse entrado em liquidação e aqueles que efetivamente suportam, os credores têm direito ao pagamento do montante correspondente à diferença, a ser suportado pelo Fundo de Resolução, nos termos do artigo 498º CAB.

Em terceiro lugar, somos chamados a respeitar o sinalagma estabelecido, bem como a acessoriedade do crédito, conforme resultava do artigo 145º O/6 RGICSF, e agora resulta do artigo 543º, 545º e 546º CAB. Assim, o Banco de Portugal fica proibido de transferir parcialmente 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 ao reembolso do capital e ao pagamento dos juros devidos em caso de incumprimento; modificar ou extinguir os direitos e obrigações emergentes das obrigações e dos contratos mencionados; 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; transferir os ativos dados em garantia, salvo se as obrigações em causa e os direitos conferidos pela garantia forem também transferidos; transferir obrigações garantidas, salvo se os direitos conferidos pela garantia forem também transferidos; transferir os direitos conferidos pela garantia, salvo se a obrigação





em causa for também transferida; modificar ou extinguir um contrato no âmbito do qual tenha sido prestada uma garantia quando o efeito dessa modificação ou extinção for a extinção de tal garantia.

A exigência de salvaguarda do sinalagma e da acessoriedade é perceptível, já que, de outra forma, os credores poderiam ser chamados a suportar os prejuízos não segundo o risco que foi assumido, mas de forma mais gravosa. Nessa medida, ele deve continuar a ser entendido não de forma unívoca, mas de forma complexa (integrando também complexos contratuais e contratos complexos), dado que vem permitir resolver muitas questões problemáticas.

Por fim, teremos de ter em conta a hierarquia de créditos de cada um dos credores da instituição financeira. Torna-se, assim, fundamental, na busca do equilíbrio entre a salvaguarda dos interesses dos credores e da estabilidade do mercado financeiro, olhar para a ordem de preferências legalmente estabelecida. Para tanto, há que mobilizar o regime legal da liquidação das instituições de crédito, previsto no Decreto-lei n.º 199/2006, de 25 de outubro, alterado pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro<sup>8</sup>.

Somos remetidos para o Código da Insolvência e Recuperação de

---

<sup>8</sup> Sobre o ponto, cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, 88 s.; João LABAREDA, “Pressupostos subjetivos da insolvência: regime particular das instituições de crédito e sociedades financeiras”, *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2009. A este propósito, deve esclarecer-se que as instituições de crédito e sociedades financeiras dissolvem-se por revogação da autorização ou por deliberação dos sócios.



Empresas (CIRE), onde nos confrontamos com diversas categorias de credores, tendo de ter, igualmente, em conta o novo artigo 8º-A DL nº199/2006, introduzido pela Lei nº23/2019, de 13 de Março, nos termos do qual «os créditos comuns emergentes de instrumentos de dívida que preencham cumulativamente as condições previstas no nº 2 e que tenham sido emitidos ou celebrados pelas entidades referidas no nº 3 são pagos em insolvência depois de integralmente pagos os demais créditos comuns e antes de serem pagos os créditos subordinados, na proporção dos respetivos montantes se a massa for insuficiente para a respetiva satisfação integral, não se aplicando o disposto no artigo 176º do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de Março. A graduação de créditos prevista no número anterior é aplicável aos créditos emergentes dos instrumentos de dívida que preencham cumulativamente as seguintes condições: a) o prazo de vencimento inicial dos instrumentos de dívida ser igual ou superior a um ano; b) os instrumentos de dívida não incorporam instrumentos financeiros derivados, nem são eles próprios instrumentos financeiros derivados; c) as disposições contratuais aplicáveis aos instrumentos de dívida e, se aplicável, o respetivo prospeto referem expressamente que, em caso de insolvência, a graduação dos créditos emergentes dos instrumentos de dívida é a prevista no presente artigo<sup>9</sup>».

---

<sup>9</sup> Esclarece-se no preceito que “o disposto nos números anteriores é aplicável aos instrumentos de dívida de entidades que, à data da emissão ou celebração, sejam instituições de crédito, empresas de investimento que exerçam as atividades



Nos termos do artigo 47º/4 CIRE, podemos distinguir diversas categorias de créditos: créditos garantidos, créditos privilegiados, créditos comuns e créditos subordinados. Os *créditos garantidos* são os que beneficiam de uma garantia real, incluindo os privilégios creditórios especiais, até ao montante correspondente ao valor dos bens objeto das garantias, tendo em conta eventuais onerações prevaletentes<sup>10</sup>. Os *créditos privilegiados*, por seu turno, são os que

---

previstas nas alíneas c) ou f) do nº 1 do artigo 199º -A do RGICSF, com exceção do serviço de colocação sem garantia, ou entidades referidas no nº 1 do artigo 152º do RGICSF” e que “para efeitos do disposto nos números anteriores, são instrumentos de dívida as obrigações, outros valores mobiliários representativos de dívida e quaisquer instrumentos que criem ou reconheçam um direito de crédito”. Mais se refere que “os instrumentos de dívida com taxas de juro variáveis indexadas a taxas de referência amplamente utilizadas e os instrumentos de dívida que sejam denominados em moeda diferente do euro, desde que o capital e os juros sejam denominados na mesma moeda e que o reembolso do capital e o pagamento dos juros seja feito nessa mesma moeda, não incorporam instrumentos financeiros derivados para efeitos do disposto na alínea b) do nº 2 apenas em virtude destas características”.

<sup>10</sup> Cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 100 s. Entre as garantias reais, explica o autor, encontram-se a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o direito de retenção, os privilégios creditórios especiais. Segundo o civilista, embora a penhora e a hipoteca judicial possam ser qualificadas como direitos reais, elas não relevam para efeitos de qualificação do crédito como garantido, uma vez que a preferência que atribuem não é atendida no processo de insolvência (cf. artigo 140º/3 CIRE). Mais esclarece o autor que há determinadas garantias reais que se extinguem com o processo de insolvência, pelo que os respetivos titulares não são considerados credores garantidos. Assim, cf. artigo 97º/1 a) CIRE – os privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social, constituídos mais de doze meses antes



beneficiam de privilégios creditórios gerais<sup>11</sup>, até àquele montante, enquanto os *créditos comuns* são os que, não sendo garantidos, privilegiados, nem subordinados, oneram a massa insolvente. Uma quarta categoria é composta pelos *créditos subordinados*. Conforme resulta do artigo 177º CIRE, eles são pagos apenas depois de satisfeitos os restantes créditos<sup>12</sup>; e encontram-se elencados no artigo 48º CIRE. São eles: os créditos detidos por pessoas

---

do início do processo de insolvência; 97º/1 b) CIRE – os privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social, vencidos mais de doze meses antes da data do início do processo; artigo 97º/1 c) CIRE – as hipotecas legais cujo registo haja sido requerido dentro dos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência, e que forem acessórias de créditos sobre a insolvência do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social; artigo 97º/1 d) CIRE – as garantias reais sobre imóveis e móveis sujeitos a registo integrantes da massa insolvente, acessórias de créditos sobre a insolvência, e já constituídas, mas ainda não registadas nem objeto de pedido de registo; artigo 97º/1 e) CIRE – as garantias reais sobre bens integrantes da massa insolvente acessórias de créditos havidos como subordinados.

Veja-se, ainda, p. 102. Menezes Leitão sublinha que os créditos garantidos são pagos após terem sido deduzidas as importâncias necessárias à satisfação das dívidas da massa insolvente (174º/1) e têm “direito a ser compensado(s) pelo prejuízo causado pelo retardamento da alienação do bem objeto da garantia que lhe não seja imputável, bem como pela desvalorização do mesmo resultante da sua utilização em proveito da massa insolvente (166º)”.

<sup>11</sup> Para exemplos de privilégios creditórios gerais, cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito da insolvência*, 102-103 (exemplo: artigo 736º CC; 737º, a), b), c) e d) CC; 111º CIRS; 108º CIRC; 333º CT).

<sup>12</sup> Além disso, os créditos subordinados não conferem direito de voto na assembleia de credores, não permitem ao titular integrar a comissão de credores e não podem ser compensados com dívidas à massa – cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito da insolvência*, 103-104.



especialmente relacionadas com o devedor, desde que a relação especial existisse já aquando da respetiva aquisição, e por aqueles a quem tenham sido cedidos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; os juros dos créditos não subordinados constituídos após a declaração de insolvência, com exceção dos abrangidos por garantia real e por privilégios creditórios gerais, até ao valor do bem; os créditos cuja subordinação tenha sido convencionada pelas partes<sup>13</sup>; os créditos que tenham por objeto prestações do devedor a título gratuito; os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má-fé; os juros dos créditos subordinados constituídos após a declaração de insolvência; os créditos por suprimento.

Particularmente importante a este ensejo é a consideração de quem são as pessoas especialmente relacionadas com o devedor. O artigo 49º CIRE auxilia-nos neste ponto. Assim, no caso de o devedor ser uma pessoa singular, estão especialmente relacionados com o devedor o cônjuge e as pessoas de quem se tenha divorciado nos dois anos antes do início do processo de insolvência; os ascendentes, descendentes, irmãos do devedor ou de qualquer das pessoas anteriormente referidas; os cônjuges dos ascendentes, descendentes ou irmãos do devedor; as pessoas que tenham vivido habitualmente com o devedor em economia comum em período

---

<sup>13</sup> A este propósito, cf., novamente, Luís Menezes LEITÃO, *Direito da insolvência*, 107. Segundo o autor, se é admissível, ao abrigo da autonomia privada, a convenção de subordinação, sem que isso viole o artigo 809º CC, já pode ser duvidoso que ela possa ser aposta a um contrato celebrado com base em cláusulas contratuais gerais, nos termos do artigo 18º c) e 21º h) do Decreto-lei nº446/85.



situado dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; no caso de o devedor ser uma pessoa coletiva, consideram-se os sócios, associados ou membros que respondam legalmente pelas dívidas e as pessoas que tenham tido esse estatuto nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; as pessoas que tenham estado com a sociedade insolvente em relação de grupo ou de domínio, em período situado dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; os administradores, de direito ou de facto, do devedor e aqueles que o tenham sido em algum momento nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; as pessoas relacionadas com alguma das anteriormente mencionadas por algum dos meios previstos a propósito das pessoas singulares. Segundo Menezes Leitão, numa posição que nos parece de aplaudir, esta enumeração é meramente exemplificativa<sup>14</sup>. Não faria sentido, de facto, que alguém que materialmente tivesse uma relação de proximidade análoga a qualquer uma das mencionadas na lei não fosse qualificado, para estes efeitos, como especialmente próximo do devedor. Menezes Leitão ilustra o pensamento com o caso do sobrinho com o qual o devedor tem uma relação especial, considerando que não é por não constar das alíneas do artigo 49º/1 CIRE que se deve recusar a aplicação do artigo 48º a) CIRE. Debruçando-se sobre a problemática inversa, o autor aduz que o artigo 49º CIRE institui uma presunção *iuris et de iure*, “não sendo consequentemente possível às pessoas abrangidas pela previsão do artigo 49º afastar o regime da subordinação dos seus créditos com a demonstração de que não têm nenhuma relação especial com o

---

<sup>14</sup> Cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito da insolvência*, 105.



devedor”<sup>15</sup>. Neste segmento, não acompanhamos a posição do civilista. Na verdade, o mesmo pensamento de índole analógica – a fazer apelo ao confronto de intencionalidades problemáticas e à consideração da *ratio* da solução tipificada pela norma – determina, na busca de uma solução que não seja apenas formalmente adequada, mas seja também materialmente densificada, que, em situações em que, apesar do vínculo familiar, não existe, de facto, uma relação de proximidade entre o devedor e o terceiro a presunção, não se deve aplicar o preceito.

Na aplicação de uma medida de resolução, a entidade com poderes de resolução não pode deixar de ter em conta esta hierarquia, agora alterada pela Lei nº23/2019. Assim, e porque, se não houvesse intervenção, a consequência seria a liquidação da sociedade financeira e, no âmbito desta, os credores subordinados seriam os últimos a obter o pagamento dos seus créditos, em obediência aos princípios norteadores da aplicação da medida, são eles os que primeiramente devem sofrer os prejuízos.

Simplemente, esta solução pode a) não ser suficiente para fazer face ao problema; b) pode contrariar a racionalidade económica que subjaz à medida.

Ainda que haja contrariedade, a verdade é que a normatização da medida, a clamar por um sentido de justiça que é estranho a um pensamento de pendor exclusivamente tecnocrata, não pode deixar de exigir, da parte da entidade com poderes de resolução, a submissão aos princípios norteadores da aplicação da medida de resolução e à hierarquia de créditos que acabámos de considerar.

---

<sup>15</sup> Cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito da insolvência*, 106.



Posto isto, os casos de contrariedade a que aludimos não podem ser senão tratados como casos de insuficiência da decisão de não transferência de parte do passivo<sup>16</sup>. Um ponto pode ser, então, dado como assente: não será possível, em face da necessidade de respeito pela hierarquia de credores, transferir para a instituição de transição obrigações subordinadas e manter na instituição de origem créditos garantidos ou privilegiados, por exemplo. Do mesmo modo, haveremos de procurar salvaguardar, em primeira linha, os créditos garantidos. A principal dificuldade repousará, portanto, nos créditos comuns.

Na verdade, havendo um processo de insolvência (e deixando agora de lado o mundo financeiro), os credores comuns são pagos depois dos credores garantidos e dos credores privilegiados. Não havendo bens no património do devedor para serem penhorados até ao limite dos créditos comuns, proceder-se-á a um rateio entre os credores que se situam nesta categoria e eles são pagos na proporção dos seus créditos. Tal disciplina, contida no artigo 176º CIRE garante, nesta circunstância, o cumprimento do princípio da igualdade. No quadro de uma medida de resolução, as obrigações que se mantenham na instituição de origem, muito provavelmente, não serão cumpridas; as obrigações que transitem para a instituição criada *ex novo* poderão ser cumpridas, como se nenhuma perturbação as tivesse atingido. Ora, se é certo que o credor pode livremente decidir que obrigação cumpre primeiro, não é verdade que a mesma lógica se aplique em processos de insolvência, de liquidação e, recentemente, no tocante às medidas de resolução. A seleção entre credores comuns configuraria, assim, um atentado a

---

<sup>16</sup> Cf. o artigo 40º/3 Diretiva 2014/59/UE.





uma ideia de igualdade. Não colhe, para uma eventual argumentação noutra sentença, a ideia de que o credor cujo crédito se mantém na instituição de origem não sofrerá um prejuízo maior do que aquele que sofreria se a instituição tivesse entrado em liquidação. É que, se tivermos em conta a situação concreta que resulta da aplicação da medida de resolução, facilmente perceberemos que, se o princípio *no creditor worse off* garante a salvaguarda do direito de propriedade, entendido na amplitude com que é perspectivado do ponto de vista do direito constitucional, ele não é suficiente para assegurar a igualdade de tratamento dos diversos credores que se encontram no mesmo patamar, tendo em conta a hierarquia dos créditos. Se a medida de resolução se traduzir na transmissão de parte dos ativos e passivos para uma instituição de transição, facilmente se percebe que os créditos transmitidos poderão vir a ser cumpridos, enquanto que aos que se mantêm no banco “resolvido” outro destino não lhes resta senão obter aquilo que a massa liquidatária facultar, que, se for inferior ao que se obteria se, no momento da aplicação da medida de resolução, a instituição financeira tivesse entrado em liquidação, é elevado até este montante.

A invocação do princípio da igualdade no quadro das relações entre privados, que são as que unem as instituições bancárias aos seus clientes, não deixa, contudo, de ser problemática.

Se fundamentamente recortamos a ideia de igualdade no sentido do tratamento igualitário entre os credores no seio do direito privado, a intervenção de um ente público que impõe, de forma discricionária, embora não arbitrária, uma medida de resolução não pode deixar intocável a intencionalidade com que o princípio da igualdade vai ser compreendido. Na verdade, não se trata agora de



compatibilizar o princípio da igualdade com o valor da autonomia privada do sujeito, mas de o integrar numa lógica de realização dos interesses que subjazem à intervenção saneadora. Ora, se o que está em causa é, para lá da salvaguarda dos interesses dos depositantes, que, porque protegidos até um determinado montante pelo Fundo de Garantia dos Depósitos, são, afinal, titulares de créditos garantidos, a tutela do erário público e do funcionamento do mercado financeiro, então, haveremos de concluir que, entrando em cena interesses públicos, isto é, de todos, a prossecução de tais finalidades não pode implicar o sacrifício de interesses particulares com desrespeito pelo princípio da igualdade. É que este princípio vem garantir que, neste domínio de atuação, um sujeito não seja chamado a suportar prejuízos superiores aos que outros que se encontram na mesma situação suportariam e, portanto, vem garantir que, para lá do risco que o sujeito assumiu, não assumam, em proporção diferente da dos demais, parte de um risco sistémico que impende sobre todos.

A grande dificuldade está em saber como, sem a presença de um rateio como aquele de que podemos lançar mão num processo insolvencial, se garante essa igualdade, no âmbito dos créditos comuns, e, ao mesmo tempo, não se prejudica uma lógica contabilística que não pode deixar de estar presente na conformação da medida de resolução, para que ela seja eficaz. Importa, aliás, não esquecer que, na seleção dos ativos e passivos a transmitir para a instituição de transição, o valor total dos passivos e elementos extrapatrimoniais a transferir para a instituição de transição não deve exceder o valor total dos ativos transferidos da instituição de crédito objeto de resolução, acrescido, sendo caso disso, dos fundos provenientes do Fundo de Resolução, do Fundo



de Garantia de Depósitos ou do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo. Em última instância pode estar inclusivamente a resolubilidade da instituição em causa.

É que, se, no quadro da exclusiva relação entre privados, o que justifica a inexistência de uma ideia de igualdade estrita no momento do cumprimento era a necessidade de garantir que o devedor, no uso da sua autonomia, pudesse gerir a sua esfera de interesses, decidindo qual das obrigações que queria cumprir primeiro, não nos podemos esquecer que tal ideia se perde diante da insuficiência da garantia. E que, se é seguro que o interesse (ou interesses) público subjacente à aplicação de uma medida de resolução podem depor no sentido do constrangimento necessário daquele princípio, também não podemos ignorar que a medida é modelada no sentido de cada um arcar com os prejuízos correspondentes ao risco contratual que assumiu, donde não será viável discriminar credores que se situem no mesmo patamar de graduação do crédito, considerando que alguns terão de suportar parte do risco sistémico, para além do risco que eles próprios assumiram no âmbito de uma relação contratual. Não cremos, aliás, que a garantia oferecida pelo princípio *no creditor worse off* seja suficiente para contornar esta dificuldade. Se com ela se assegura que o credor não fica em pior situação do que aquela em que estaria se o banco tivesse entrado em liquidação, não se consegue com isso evitar que haja um tratamento diferenciado entre credores e, como tal, não se consegue explicar por que razão – se assumiram o mesmo risco – uns devem ser preteridos em detrimento de outros, quando o domínio já não é estritamente privado e a igualdade avulta maior.

Teremos, porém, de ter em conta o disposto no novo artigo 8º-A



DL nº199/2006, introduzido pela Lei nº23/2019. O preceito vem alterar a hierarquia de credores e determinar a não aplicação do artigo 176º CIRE relativamente aos créditos previstos no seu nº2. Trata-se de créditos comuns, diferenciados dos demais, que escapam assim à garantia da *par conditio creditorum*. Isto não significa, porém, que se afaste o princípio da igualdade do seio da resolução bancária. Em primeiro lugar, a não aplicação do preceito do CIRE fica limitada aos créditos que ali se especifiquem; em segundo lugar, tutela-se a confiança dos credores, já que um dos requisitos da nova colocação hierárquica é que as disposições contratuais aplicáveis aos instrumentos de dívida e o respetivo prospeto refiram expressamente que, em caso de insolvência, a graduação dos créditos é a prevista no artigo 8º-A DL nº199/2006.

A solução é transposta para o Anteprojeto do CAB. Nos termos do artigo 618º CAB, os créditos comuns emergentes de instrumentos de dívida cujo prazo de vencimento inicial seja igual ou superior a um ano, que não incorporem instrumentos financeiros derivados, nem sejam eles próprios instrumentos financeiros derivados, cujas disposições contratuais e, se aplicável, o respetivo prospeto, refiram expressamente que, em caso de insolvência, a graduação dos créditos emergentes dos instrumentos de dívida é diversa, e que tenham sido emitidos ou celebrados pelas entidades referidas no artigo 470º CAB são pagos em insolvência depois de integralmente pagos os demais créditos comuns e antes de serem pagos os créditos.

Por seu turno, nos termos do artigo 619º CAB, os créditos emergentes dos elementos de fundos próprios principais de nível 1, dos elementos de fundos próprios adicionais de nível 1 e dos elementos de fundos próprios de nível 2 referidos nos artigos 26.º,



51.º e 62.º do Regulamento (UE) n.º 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, respetivamente, são pagos em insolvência depois de integralmente pagos os demais créditos subordinados pela ordem que tenha sido convencionada pelas partes e, quanto aos créditos que tenham a mesma graduação, na proporção dos respetivos montantes se a massa for insuficiente para o seu pagamento integral, sendo esta solução aplicável aos elementos de fundos próprios de entidades referidas no artigo 407º.

Note-se, ademais, que o Anteprojeto do Código da Atividade Bancária impõe, agora, requisitos mais apertados na formulação de um juízo de resolubilidade, não se bastando com a consideração do montante e do tipo de créditos elegíveis, embora esse elemento seja essencial.

## **8. A responsabilidade civil**

O Anteprojeto do CAB prevê que da invalidade do ato que determina a resolução possa resultar o pagamento de uma indemnização com base na responsabilidade decorrente do exercício inválido de poderes e da aplicação inválida de medidas de resolução. A intenção do legislador, quanto ao ponto, é afastar a possibilidade de reconstituição natural. Na exposição de motivos, podemos ler que “a justificação desta norma assenta no reconhecimento de que o ato administrativo de aplicação de uma medida de resolução, sendo emitido em condições de tempo irrepetíveis, não é compatível com a reposição da situação jurídico-



material, como se tal ato nunca tivesse existido. Está em causa verdadeiramente uma situação de facto consumado. Ao excluir-se, desde logo, a possibilidade de reconstituição natural, confere-se maior efetividade à norma europeia e oferece-se um plano jurídico mais claro no tratamento deste tema”.

Mas não se pode interpretar a solução no sentido de excluir eventuais pretensões indemnizatórias procedentes, surgidas no contexto de aplicação de uma medida de resolução.

Se o que está em causa, de acordo com o exposto, é a indemnização como resultado da invalidade do ato que determina a resolução da instituição bancária, importa considerar, em termos gerais, que a entidade com poderes de resolução pode ser chamada a responder pelos prejuízos causados de uma forma mais ampla.

Dito de uma forma mais direta, o Banco de Portugal pode, atendendo às circunstâncias que rodeiam a aplicação de uma medida de resolução, ser responsabilizado em diversas situações:

*α) Num primeiro grupo*, encontramos hipóteses como aquela em que o Banco de Portugal emite um comunicado que, violando determinados deveres objetivos de cuidado e contendo informações não precisas, afeta a credibilidade da instituição financeira<sup>17</sup>. Em causa estaria, portanto, a violação de um direito à

---

<sup>17</sup> Importa não esquecer que teremos de partir do pressuposto que o Banco de Portugal atuou exercendo poderes de autoridade pública, sob pena de não se aplicar o regime da Lei nº67/2007. Porém, ainda que não o tivesse feito, estando em causa a violação de direitos absolutos, poder-se-ia tentar chegar à mesma conclusão a partir da mobilização do regime geral da responsabilidade extracontratual.



honra da pessoa coletiva, desvelando-se a ilicitude e a culpa. O banco teria direito a uma indemnização, calculada nos termos gerais. O problema que se poderia colocar, a partir daqui, seria o de saber se os terceiros que sofrem prejuízos como consequência dos danos experimentados pela pessoa coletiva (v.g., os acionistas, os credores obrigacionistas, etc.) poderiam ou não ser compensados pelas suas perdas. Num quadro mais geral, em que reflete sobre a responsabilidade das reguladoras em geral, Menezes Leitão questiona se os acionistas podem ser indemnizados quando a empresa é cotada em bolsa e a atuação da entidade reguladora independente provoca uma quebra das cotações sem razão legítima<sup>18</sup>. Na resposta que oferece, pondera a natureza reflexa do dano sofrido pelos referidos acionistas e sustenta que compensá-los determinaria um duplo ressarcimento, já que, ao conceder-se uma indemnização à sociedade, os titulares das participações sociais veem o valor daquela ser incrementado. Embora concordando com a solução, não cremos que o caminho de fundamentação seja o mais adequado. De facto, ainda que fosse admissível dos terceiros, se no momento de determinação da indemnização a sociedade já tivesse sido compensada, aumentando o seu valor em bolsa, teria desaparecido o dano sofrido pelos acionistas que, deste modo, veriam prejudicado o direito à compensação, por falta de um dos pressupostos. Contudo, o problema soluciona-se a montante, ao nível da determinação da ilicitude ou, numa perspetiva que nos parece mais consentânea com os dados da questão, ao nível da imputação ou nexo de ilicitude. De facto, haverá que resolver – depois de se ligar a lesão

---

<sup>18</sup> L. Menezes LEITÃO, “A responsabilidade civil das entidades reguladoras”.



do direito da instituição financeira ao comportamento do regulador – o problema da dita causalidade preenchedora da responsabilidade e, portanto, haverá que reconduzir o prejuízo sofrido à lesão do direito subjetivo. Ora, se este não é titulado pelos acionistas, mas pela sociedade, será esta, e não aqueles, a titular da pretensão ressarcitória. Se, porventura, a ilicitude não resultar diretamente da violação do direito subjetivo absoluto, mas da lesão de uma norma legal, a solução – pensada aí do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade – será ditada pela análise do âmbito de proteção dessa mesma norma<sup>19</sup>. Haverá, então, que determinar em que medida o interesse do terceiro (acionista, obrigacionista e demais credores) está ou não entre aqueles que a norma visava proteger e se ele foi ou não lesado pelo modo previsto na prescrição normativa. Se a resposta for positiva, haverá responsabilidade do Banco de Portugal; se for negativa, excluir-se-á a imputação.

β) *Num segundo grupo de casos*, questiona-se, em abstrato, a eventual responsabilidade do Banco de Portugal pela omissão de

---

<sup>19</sup> Sobre as questões imputacionais, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncípia, 2013. Não desenvolveremos, agora, este ponto. Relembramos, apenas, que, no quadro da fundamentação da responsabilidade, haverá que, num segundo momento, confrontar a esfera de responsabilidade edificada a partir da violação da norma ou do dever de cuidado com a esfera de responsabilidade geral da vida, com a esfera de responsabilidade encabeçada pelo lesado e por outros eventuais lesantes.

Mais se refira que, se pretendêssemos imputar autonomamente a lesão de um direito dos acionistas ao comportamento do lesante, então, estar-se-ia no domínio da causalidade fundamentadora da responsabilidade.





deveres no âmbito da supervisão ou pela omissão de deveres no quadro da regulação, de tal sorte que não levou a cabo qualquer forma de intervenção precoce, que poderia ter acautelado a aplicação de uma medida de resolução, atenta a sua natureza de *última ratio*. Se o carácter negativo da ação – aqui vista como omissão – não é perturbador para o jurista, quer pela equiparação valorativa entre o *facere* e o *omittere*, quer porque a omissão de deveres pode ser vista como um deficiente cumprimento da atividade de supervisão ou de regulação, colocam-se, ao invés, interessantes questões, neste quadro, ao nível da imputação objetiva.

γ) *Num terceiro grupo de casos-tipo*, estão as situações que se reconduzem à divulgação de determinadas informações que, suscitando uma fundada confiança nos investidores, os levam a adquirir produtos financeiros num momento em que o regulador já sabia ser inevitável a aplicação de uma medida de resolução. Diferem das situações integradas no segundo grupo porque, agora, os interesses dos acionistas, obrigacionistas e demais clientes do banco são diretamente afetados. Se este dado diminui a complexidade que envolve os casos, a polarização no âmbito da responsabilidade por informações não simplifica o problema. Do ponto de vista da imputação, dir-se-á que o estatuto de autoridade do Banco de Portugal, a provocar o comportamento do lesado – que autoinflige o dano ao adquirir produtos financeiros cujo valor é muito inferior ao que era representado –, chama a si o risco do investimento que naturalmente corre por conta do investidor, permitindo afirmar-se a imputação para lá da atuação (suposta, mas



não realmente) livre do lesado<sup>20</sup>. A grande dificuldade passa por saber se os simples interesses patrimoniais podem ser, neste âmbito e autonomamente, tutelados e se, não podendo, há alguma norma ou princípio que tenha sido preterido e que acolha a sua proteção.

δ) *Num quarto grupo de casos-tipo*, encontramos as hipóteses em que o Banco de Portugal aplica uma medida de resolução, vindo a provar-se, mais tarde, que ela foi ilegal, designadamente por não se verificarem os pressupostos necessários para a sua aplicação. Não se duvida quanto à responsabilidade do ente público em relação à instituição financeira. O que pode resultar mais problemático é a responsabilização em relação aos acionistas, obrigacionistas e demais clientes do banco que sofram prejuízos. Aí, o nosso juízo há de ser novamente o de perscrutar o âmbito de proteção das normas que foram violadas pelo Banco de Portugal

---

<sup>20</sup> Em causa estaria algo próximo ao que, na doutrina estrangeira, é cunhado pelo princípio da provocação. Sobre o ponto, cf., *inter alia*, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach § 823 I BGB”, *Juristenzeitung*, 1980, 16; Id., “Der Sebstmord als Gefährdungssachverhalt-Aufwendungs-oder Sachensersatz für den Retter”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1979, 103 s.; Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, 71 s. e 136 s.; Dieter MEDICUS, *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht. Ein Basisbuch zu den Anspruchsgrundlagen*, 8. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, München, 2008, 167; Id. *Bürgerliches Recht*, 409; LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre des juristicgghen Kausalität*, Scientia, Aalen, 1970, 87 s.; Id., “Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensrecht”, *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Schwartz, Göttingen, 1970, 79 s., em especial 87 s.



para ver quem é que cai sob a sua alçada tuteladora. Eventualmente, poder-se-á invocar, igualmente, se for esse o caso, a violação de direitos absolutos por parte do Banco de Portugal, v.g. o direito dos acionistas sobre as participações sociais.

Estas hipóteses de responsabilidade – que seguem o regime da responsabilidade civil do Estado<sup>21</sup> – não se confundem, portanto, com aquela que o CAB prevê, afastando a reconstituição natural. Trata-se, nesse ponto, de uma inovação do Anteprojeto.

Depois das alterações introduzidas pela Lei nº23-A/2015, o artigo 145º-AR RGICSF passou a determinar que as decisões do Banco de Portugal que apliquem medidas de resolução, exerçam poderes de resolução ou designem administradores para a instituição de crédito objeto de resolução estão sujeitas aos meios processuais previstos na legislação do contencioso administrativo. O Banco de Portugal poderia, em execução de sentenças anulatórias de quaisquer atos praticados, invocar causa legítima de inexecução, nos termos conjugados do nº 2 do artigo 175º e do artigo 163º do Código do Processo dos Tribunais Administrativos, iniciando-se,

---

<sup>21</sup> Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Direito civil e sistema financeiro*, Princípia, 2014. Cf., porém, Fernanda MAÇÃS, “Responsabilidade civil das entidades reguladoras”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 425 s., para quem “a aplicação sem reservas do regime da responsabilidade civil das pessoas coletivas públicas às entidades reguladoras do sistema financeiro suscita diversas perplexidades, em virtude das especiais dificuldades dogmáticas e práticas que lhes andam associadas”, de tal modo que “os critérios para a responsabilidade das entidades reguladoras e em especial dos titulares dos seus órgãos deve obedecer a um regime específico criado para o efeito, não devendo ser o resultado de uma adaptação do que existe em geral” (cf. pág. 454).



nesse caso, de imediato, o procedimento tendente à fixação da indemnização devida de acordo com os trâmites previstos nos artigos 178º e 166º daquele diploma. Ou seja, nos termos do artigo 163º Código do Processo dos Tribunais Administrativos, o Banco de Portugal poderia invocar uma causa legítima de inexecução da sentença. Esta causa podia passar pela impossibilidade absoluta ou pelo excecional prejuízo para o interesse público que a execução da sentença cause. Neste caso, haveria lugar a uma indemnização nos termos do artigo 166º e 178º do Código do Processo dos Tribunais Administrativos.

Esta norma especial relativa à invocação de causa legítima de inexecução prevista no RGICSF é, assim, substituída pela regra segundo a qual da invalidade do ato pode resultar o pagamento de uma indemnização quando esteja em causa responsabilidade decorrente do exercício inválido de poderes e da aplicação inválida de medidas de resolução. Afasta-se, como referido, a reconstituição natural.

## **9. A sanção pecuniária compulsória**

Para assegurar que a medida de resolução é eficaz, o Banco de Portugal e o Fundo de Resolução podem aplicar *medidas pecuniárias compulsórias* para o caso de incumprimento de decisões suas que imponham a adoção de determinado comportamento ou a cessação de determinada conduta.

A decisão de imposição de tais medidas deve orientar-se pelos critérios da equidade, razoabilidade e adequação. Entre os diversos



elementos de ponderação contam-se, nos termos do artigo 410º CAB, o grau de diligência da instituição de crédito no cumprimento dos deveres que sobre ela recaem; a gravidade dos efeitos da conduta; a frequência ou duração do incumprimento verificado; os benefícios obtidos pela instituição de crédito em virtude da sua conduta; a situação económica da instituição de crédito; outras medidas impostas à mesma instituição de crédito com base no mesmo tipo de factos.

O valor da medida é calculado ao dia, por cada dia de atraso, até o momento que a instituição de crédito cumpra a decisão do Bando de Portugal ou do Fundo de Resolução.

Mafalda Miranda Barbosa



# REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

[www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com)  
2021-11-04