

Os poderes de resolução do Banco de Portugal e o Banco Espírito Santo

LUIZ CABRAL DE MONCADA *

Índice: 1 Introdução 2 O sistema europeu de resolução das empresas bancárias 3 Os poderes de resolução do Banco de Portugal 4 A resolução do Banco Espírito Santo 5 A situação dos accionistas 6 A situação dos credores 7 A tutela dos interessados 8 A derrogação do regime da insolvência 9 Conclusões

1 Introdução

1.1 A resolução bancária consiste na adopção pela entidade competente de um conjunto variado de medidas à frente identificadas visando remediar uma situação de crise bancária, de modo a assegurar a continuidade da actividade da instituição sob resolução e evitar riscos gerais ditos *sistémicos*. Estas medidas que se caracterizam pelo seu radicalismo podem ser adoptadas em situações em que as outras, menos intrusivas, são insuficientes para os fins em vista.

A resolução integra o vasto leque das medidas de supervisão bancária e consiste, por sua vez, num conjunto de várias medidas, como se disse. Podem ser adoptadas isoladamente ou em conjunto e não existe qualquer relação de precedência entre elas.

JURISMAT, Portimão, n.º 6, pp. 99-124.

* Professor Universitário; Advogado.

Tudo fica à discrição da entidade competente de acordo com as circunstâncias do caso concreto verificados certos pressupostos.

A mais forte das medidas de resolução, recentemente adoptada no nosso país pelo Banco de Portugal (BP), consiste na transferência do património e dos valores activos de uma instituição bancária em grave situação financeira de tal modo que não pode cumprir os requisitos legais para continuar a laborar para outra entidade da mesma natureza dita *banco de transição* tendo em vista a estabilidade do sistema financeiro no seu conjunto.

O direito europeu prevê a adopção de um mecanismo único de resolução bancária a nível europeu. As consequências da crise financeira e a ineficácia das normais medidas de substituição dos órgãos de direcção e de liquidação do património e capital da empresa em dificuldades assim o exigem. O direito europeu não se limita a fornecer os princípios gerais da resolução bancária a observar na ordem interna de cada Estado-Membro (EM). Não basta a harmonia das regras nacionais. Vai muito mais longe e projecta criar um mecanismo unitário de resolução no âmbito da União Europeia (UE) ou seja, por um mecanismo europeu de resolução dito *Single Resolution Mechanism* (SRM) que acrescerá ao *Single Supervisory Mechanism* (SSM) que consagra largos poderes de supervisão prudencial do Banco Central Europeu (BCE) em cooperação com as autoridades nacionais já criado pelo Regulamento do Conselho n.º 1024/2013. Estes mecanismos serão acompanhados por um projectado sistema único de garantia de (certos) depósitos bancários e créditos similares. Todos eles integrarão a União Bancária Europeia.

O regime de resolução será assim único. Mas até lá a Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15/5/2014, já transposta parcialmente para a nossa ordem jurídica pelo Decreto-Lei n.º 114-B/2014, de 4/8, harmoniza o regime geral dos poderes de que os bancos centrais dos vários EM devem dispor por serem necessários à *recuperação e resolução* bancária. O conteúdo normativo específico e preceptivo não apenas geral e directivo da referida norma a possibilitar a sua directa aplicação reforça a unicidade do regime. E há boas razões para tanto. Com efeito, os poderes de resolução são a consequência da incapacidade de medidas mais leves para debelar crises graves. É que nos diferentes EM há condições muito diversas no acesso ao financiamento bancário para acorrer a problemas de solvabilidade e de crise financeira. A ligação entre o financiamento bancário e a dívida pública diferenciada de cada EM acentua também as diferenças. A situação é particularmente evidente no nosso país. O montante da dívida pública acentua as dificuldades de financiamento da banca e agrava situações de crise. A constatação da ligação de sentido inverso entre a dívida pública e o financiamento do sistema bancário levou a isolar este daquela precisamente através do SRM. O perigo da captura das entidades nacionais por *lobbies* privados e públicos bem organizados também conta. E o mecanismo único europeu também evita os tradicionais problemas de cooperação

transfronteiriça na fluidez do acesso ao financiamento. Todos estes factores se analisam em grandes diferenças no acesso ao financiamento da actividade bancária em dificuldades e nos respectivos custos o que radicalizaria as desigualdades ao nível europeu. Assim se evita o isolamento do mercado nas fronteiras nacionais. A integração financeira no espaço da UE reclama, portanto, aquela solução unitária.

A transferência dos poderes de resolução para uma autoridade europeia única dotada de largas competências arreda disparidades nacionais, reforça a imparcialidade nas deliberações e afasta chauvinismos. Em última análise, aquele mecanismo unitário fomenta a concorrência sã no espaço europeu porque todas as instituições bancárias ficam abrangidas pelo mesmo regime jurídico de resolução e ficam afastados tratamentos distintos dos credores das instituições bancárias em dificuldades consoante os EM.

2 O sistema europeu de resolução das empresas bancárias

2.1 O mecanismo europeu único de resolução cuja organização já foi acordada entre o Parlamento Europeu e o Conselho da UE e que será adoptado em breve, ao que se prevê, na forma do Regulamento pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, estando a sua plena entrada em funcionamento agendada para 2016, compreende uma autoridade de resolução (AR) europeia integrada por membros permanentes com competências alargadas, um fundo de resolução (FR) europeu dotado de um mecanismo supranacional de financiamento e um critério geral para a imputação das perdas inerentes ao procedimento de resolução. A AR é uma entidade pública com competências administrativas para unilateralmente adoptar uma ou mais medidas de resolução designadamente a que consiste em transferir a favor de uma nova entidade o património e os valores activos da entidade bancária em dificuldades e afectar o respectivo capital independentemente da vontade dos sócios e dos credores garantindo assim a continuidade da actividade bancária desempenhada por esta última instituição, de modo a evitar riscos de bancarrota e outros. A forma institucional que lhe corresponde é a da agência europeia. Esta corresponde *grosso modo* à figura da autoridade administrativa independente na ordem interna portuguesa.

A AR tem competência para as medidas de resolução sobre todas as entidades bancárias e afins bem como as respectivas filiais sujeitas à supervisão do Banco Central Europeu (BCE) e ainda para as que compreendam instituições que desenvolvam actividades transfronteiriças, bem como nos casos em que a resolução não pode ser financiada com meios apenas internos sendo necessário mobilizar recursos do FR europeu. É muito dilatada a competência da AR.

As respectivas deliberações estão sujeitas a um controlo sucessivo por parte da Comissão Europeia (CE) e do Conselho da UE. A deliberação de resolução deve ser

sujeita à apreciação da primeira, valendo a regra dos efeitos positivos do silêncio dentro de um curto prazo. A Comissão pode ainda propor a alteração das medidas a aprovar, neste caso, pelo Conselho.

2.2 Enquanto não for adoptado o referido mecanismo único de resolução a dita Directiva definiu desde já, como se disse, os princípios gerais da resolução de instituições de crédito ou suas filiais a adoptar em cada EM em situação de crise tal como identificada no art. 32º. A consagração destes poderes é uma recente opção europeia que resulta de duas ordens de constatações: por um lado a ineficácia dos tradicionais poderes de supervisão e de controlo prudencial para evitar situações de rotura financeira da banca comercial, com todos os inconvenientes económicos daí resultantes e por outro lado a incapacidade da via da liquidação do activo e da afectação do capital social para a garantia da estabilidade do sistema financeiro. Daí a opção por um meio mais radical e mais eficaz, a resolução bancária.

A referida Directiva prevê que os EM devem criar autoridades de resolução nacionais em concordância com determinados princípios comuns (art. 34º e ss). Estas autoridades nacionais integram o sistema europeu de resolução e complementam a futura AR europeia. São indispensáveis para disciplinar os casos que caem fora das competências do FR europeu de acordo com as Directivas europeias, deste modo contribuindo para a desejável harmonização dos regimes aplicáveis. A forma institucional que lhes corresponde entre nós é a da autoridade administrativa independente com competências regulatórias, como é o caso do Banco de Portugal (BP).

A figura da resolução bancária a adoptar em cada EM está construída pela referida Directiva em torno de determinados princípios comuns (art. 34º) que convém desde já adiantar; a) a resolução corporiza uma medida administrativa que se concretiza num acto de autoridade b) a resolução compreende várias modalidades a mais radical das quais é a transferência unilateral dos activos do banco em crise para uma nova entidade dita *banco de transição* sem o consentimento dos sócios e dos credores c) a penalização pela situação do banco em rotura financeira deve recair em primeiro lugar sobre os respectivos sócios e seguidamente sobre (alguns) os seus credores d) a protecção dos depositantes até determinado montante bem como a de outros credores qualificados deve ficar garantida através da imputação da integralidade dos respectivos créditos à nova instituição bancária ou à que a vier a adquirir e) a situação da nova instituição eventualmente gerada pela resolução é temporária sendo seu imperativo destino a respectiva privatização logo que possível f) o financiamento (adicional) da referida nova instituição bancária cabe a fundos de resolução (FR) nacionais constituídos de acordo com determinados critérios, como se verá g) os sócios e os credores do banco sob resolução são afectados nos seus direitos; com efeito no nº 12 do art. 44º da Directiva diz-se que *os accionistas, ou credores da instituição objecto de resolução ...não têm qualquer direito sobre ou em relação aos activos, direitos ou passivos transferidos* para o banco de transição h) a afectação

dos direitos dos credores da instituição sob resolução deve obedecer ao princípio da proporcionalidade pelo que não deve induzir-lhes maiores sacrifícios do que aqueles que sofreriam em condições normais de insolvência daquela empresa (art. 71º da Directiva); não sendo essa a situação terão *direito ao pagamento da diferença através dos mecanismos de financiamento da resolução* (art. 74º) 9) os poderes de resolução devem evitar discriminações em razão da nacionalidade mas podem afectar a liberdade de empresa consagrada na Carta dos Direitos Fundamentais da UE como se diz expressamente na referida Directiva e i) o exercício dos poderes de resolução está sujeito a controlo contencioso mediante uma acção urgente de acordo com a Directiva, mas sem efeitos suspensivos das medidas. O direito ao *recurso* previsto no art. 85º da Directiva reporta-se obviamente a um meio judicial e não apenas administrativo.

A Directiva vai ao ponto de restringir os meios de acção ao dispor dos prejudicados, afirmando-nos que as *vias de recurso...* devem *limitar-se à atribuição de uma indemnização pelos prejuízos sofridos pelas pessoas afectadas* (ponto 91 dos considerandos), que qualquer recurso não tem efeitos suspensivos (alinea a) do nº 4 do art. 85º) e que a falência da empresa sob resolução não pode ser pedida salvo se autorizada pela AR.

Estes princípios gerais comuns são imperativamente considerados na construção da figura da resolução ao nível de cada EM da UE, sem prejuízo da liberdade de cada um na adaptação do regime jurídico da resolução às especificidades internas e da larga discricionariedade de que as autoridades nacionais dispõem na concretização dos poderes de resolução. Os poderes envolvidos são uma novidade na nossa ordem jurídica. Vão muito para além dos tradicionais poderes de supervisão e de controlo prudencial da actividade bancária, como se disse, e resultam até da ineficácia destes para responder a situações de grave desequilíbrio da mesma que se vulgarizaram no nosso país. A resolução pode compreender a propriedade pública temporária do FR ou seja, do instrumento de estabilização financeira da empresa sob resolução, bem como a injeção de capitais públicos ou a concessão de apoio financeiro público ao FR diminuindo assim largamente os direitos dos sócios e credores.

2.3 A resolução do banco em dificuldades pode consistir, de acordo com o direito europeu vazado na referida Directiva (art. 37º), em várias medidas a aplicar pelos bancos centrais ditas *instrumentos de resolução* a saber; a *recapitalização interna* do banco (*bail-in*), a *segregação de activos* a favor de uma entidade de gestão dos mesmos detida por uma ou mais entidades públicas, a *alienação da actividade* do banco sob resolução a favor de uma entidade bancária já existente claro está que com a aprovação desta e a criação de uma *instituição de transição* nova. As entidades competentes gozam de discricionariedade na escolha do meio apropriado a cada caso e podem aplicar aqueles meios cumulativamente. Apenas a segregação de activos não pode ser aplicada isoladamente estando ainda previstos poderes adicionais.

Como as regras da insolvência não têm de ser as mesmas em todos os EM podem existir diferenças acentuadas na respectiva aplicação a cada caso. Como a hierarquia dos créditos também não é a mesma em todos os EM daí a possibilidade de diferenças na satisfação dos credores apesar da putativa unicidade da resolução.

Se a transferência dos activos e outros valores a favor da nova entidade for apenas parcial, o remanescente será liquidado.

No caso da *recapitalização* do banco em crise a AR restabelece a viabilidade do respectivo negócio através de uma série de medidas unilaterais de saneamento de natureza preventiva ou sucessiva quais sejam a concessão de empréstimos à entidade em dificuldades ou a um seu adquirente, a abertura do capital a novos sócios qualificados, a aplicação de sanções administrativas, a alienação directa no mercado do respectivo património, a destituição de gestores, a emissão de obrigações, a suspensão dos direitos dos sócios ao dividendo e outros bem como a suspensão dos direitos dos credores e até a conversão destes em activos bancários tudo de acordo com a situação específica de cada instituição. A *recapitalização* é sempre a medida preferida do sistema bancário em geral pois que é a que menos o onera.

Noutros casos, não sendo suficientes as medidas de saneamento, a AR envereda pela *alienação da actividade* a uma entidade bancária nela interessada e que já exista ou pela criação unilateral de uma nova entidade dita *banco de transição* como se referiu. No primeiro caso as acções do banco sob resolução são transferidas para a entidade adquirente mediante *contrapartidas* a pagar por esta em benefício dos sócios (art. 38º).

A criação de um banco de transição ocorre quando as medidas anteriores não forem suficientes dada a gravidade do caso ou nenhum banco se mostrar interessado em comprar a entidade sob resolução.

A respectiva criação compreendendo a referida alienação dos activos bancários a seu favor e a desconsideração dos passivos,¹ depois de feita uma *avaliação* dos activos e passivos em causa, não é supletiva das soluções anteriormente referidas justificando-se sempre que as condições para tanto estiverem preenchidas. O banco em causa é uma empresa *controlada por uma ou mais entidades públicas* (art. 40º), tal como no caso da entidade beneficiária da segregação de activos, que nomeará os respectivos

¹ No caso português tais direitos de crédito estão garantidos por privilégios (creditórios) sobre os depósitos ao abrigo do Fundo de Garantia dos Depósitos e do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo. A referida Directiva exige, aliás, o privilégio consistente na cobertura estatal de certos depósitos. Nos seus termos, *os depósitos cobertos por sistemas de garantia de depósitos não deverão suportar perdas.*

órgãos dirigentes e imporá orientações vinculativas da respectiva actividade. Aquele banco de transição bem como a entidade a favor de quem foram segregados os activos caem assim na categoria europeia da *empresa pública* que, como se sabe, atende apenas à realidade económica do controlo público da empresa e não à forma jurídica de que se reveste. Nada a objectar, portanto, a que tal banco seja uma sociedade comercial com participação total ou parcial do Estado.

De acordo com a referida Directiva este banco é uma entidade transitória cujo destino é a posterior privatização e destina-se apenas a garantir a actividade prestada pela instituição em crise evitando *riscos sistémicos*. As medidas de resolução devem ser acompanhadas da destituição dos anteriores gestores e da sua responsabilização civil e penal bem como da nomeação de um *administrador especial* para substituir os órgãos de administração do banco em crise.

2.4 A alienação feita pela AR a favor da nova entidade transitória que substitui o banco em dificuldades compreende o património deste, o respectivo capital e obviamente os créditos de que disponha sobre terceiros (art. 42º e ss da Directiva). São assim transferidos para o novo banco os activos com valor pecuniário seguro e permanece na instituição em dificuldades aquilo que é *tóxico*, termo que se vulgarizou na gíria portuguesa. Note-se que determinados activos podem ser considerados tóxicos assim continuando na titularidade do banco em dificuldades ou regressando à titularidade do mesmo.

Quando as medidas de resolução passam pela alienação dos valores activos do banco em crise a uma entidade já existente o objectivo é obviamente maximizar os valores alienados de modo a permitir a continuidade da actividade do banco em dificuldades. Segregados foram alguns passivos da entidade em dificuldades e até alguns activos inconvenientes.

O mesmo se verifica quando as medidas de resolução passam pela criação da nova entidade bancária de transição. A preocupação dominante do regime respectivo é também a viabilização da situação financeira desta. Certo é que a melhoria da situação financeira da nova entidade relativamente à anterior decorre da eliminação por força de lei das responsabilidades desta relativamente a certos credores e do desaparecimento dos direitos dos sócios desta última.

2.5 O direito europeu consagra o princípio segundo o qual quer na alienação da actividade do banco sob resolução quer no da criação de uma nova entidade bancária de transição quer ainda na segregação de activos a favor de outra entidade os sócios e credores do banco sob resolução *não têm qualquer direito sobre os activos, direitos ou passivos transferidos* (nº 13 do art. 38º, nº 11 do art. 40º e nº 12 do art. 42º). Apenas se prevê que no caso da alienação as *contrapartidas* pagas pela entidade adquirente beneficiem os sócios (nº 4 do art. 38º).

Mas a situação de alguns credores e accionistas não ficou desprotegida. De acordo com o art. 73º e ss. há *salvuardas* a respeitar. Aqueles cujos direitos, activos ou passivos *não tenham sido transferidos* receberão *pele menos o mesmo valor que teriam recebido se a instituição objecto de resolução tivesse sido liquidada*. Se tal valor não for logrado os accionistas e credores receberão uma *diferença* através dos meios de financiamento da resolução (art. 75º). Sendo as transferências parciais os direitos dos credores em acordos de garantia e convenções de compensação e novação também ficam garantidos. Rege o princípio *no creditor worse off* segundo o qual aqueles credores não podem sofrer em consequência da resolução perdas maiores do que as que sofreria em resultado da liquidação normal do património bancário. Decorre da tutela da confiança do credor. É natural pois que daqueles créditos resultam rendimentos (relativamente) fixos e seguros ao invés dos que resultam das acções.

Os regimes nacionais de liquidação do património e alienação do capital das empresas bancárias não são iguais. Mas isso não significa que o direito europeu não coloque ao seu abrigo o tratamento de determinadas classes de credores, designadamente os depositantes, como se disse.

Não está prevista a transformação dos direitos dos sócios do banco sob resolução em direitos do banco adquirente nem do banco de transição, bem como a conversão dos direitos de crédito sobre aquele em direitos de sócio dos segundos.

2.6 O referido FR nacional serve o propósito do financiamento da actividade bancária da nova entidade criada pela AR. Para esse fim deve dispor de recursos próprios de acordo com um critério que a referida Directiva enuncia. Em muitas ocasiões os activos transferidos do banco sob resolução não chegam nem de perto para acorrer às necessidades financeiras inerentes à actividade da nova entidade. É o que sucedeu no nosso país no caso BES.

O FR é assim integrado por diversas fontes de financiamento. O direito europeu não deixou obviamente assunto tão sensível ao alvedrio do legislador nacional. O que está em causa é saber, em última análise, quem paga pelos erros cometidos pelo banco que foi objecto de resolução.

O direito europeu engendrou, para compor os recursos financeiros do FR, uma combinação de fontes directas e indirectas obtidas a partir dos accionistas, dos credores e do sistema bancário em geral, e por esta ordem, de modo a viabilizar os amplos recursos necessários ao financiamento do banco sob resolução (art. 100º e ss. da Directiva). Em primeiro lugar, como se disse, os fundos necessários à resolução são obtidos à custa dos accionistas do banco que dela foi objecto. Os direitos destes passam, por força de decisão unilateral, a nada valer. A nova entidade bancária nada

lhes deve. Não remunera as respectivas acções nem lhes reconhece quaisquer outros direitos de sócios. A situação assemelha-se, em termos práticos, à nacionalização muito embora desta se distinga na medida em que não comporta qualquer transferência para o sector público de partes sociais.

Em segundo lugar, os recursos do FR decorrem do desaparecimento dos direitos de crédito sobre a entidade bancária objecto de resolução. Os direitos dos credores do banco ficam extintos por força de decisão unilateral, excepção feita apenas para certos depositantes, como se viu, e credores em situação privilegiada.

Em terceiro lugar, o FR é financiado através do sistema bancário em geral dos EM (art. 103º da Directiva).² Esta solução só é possível depois de as perdas terem sido absorvidas pelos sócios e pelos credores não privilegiados e na medida em que as necessidades de financiamento subsistam. Este financiamento será feito através da absorção das contribuições periódicas da banca em geral a cobrar em cada EM proporcionais ao montante do passivo de cada instituição bancária. O objectivo é dotar o FR de recursos próprios a recolher dentro de certo prazo e em valor pelo menos igual a 1% dos depósitos bancários garantidos.

Por último, a Directiva prevê excepcionalmente a possibilidade de os EM financiarem os FR nacionais através de fundos públicos ditos *instrumentos públicos de estabilização* com expressão orçamental. A mobilização de fundos públicos é excepcional muito embora não esteja excluída. Naturalmente que o Estado dificilmente poderá alhear-se da sua responsabilidade em última instância pela resolução dos bancos inviáveis e tanto mais assim será quanto maior a dimensão financeira destes e a importância respectiva no contexto da actividade económica nacional. Esta possibilidade só está aberta quando a resolução estiver ao alcance das autoridades nacionais e perante situações de grave crise sistémica. A natureza excepcional deste recurso a fundos públicos nacionais para efeitos de resolução de uma instituição bancária em dificuldades não contende com o direito europeu (e nacional) da concorrência pois que este admite ajudas públicas às empresas muito embora só em casos contados, assunto que não pode ser aqui abordado.

2.7 Os poderes de resolução bancária de uma entidade em crise são a solução mais radical para um banco em crise. Com efeito tais poderes podem compreender a redução a zero dos direitos dos sócios, como se viu, e até dos credores do banco pelo menos para lá de certo montante. Tal operação anula a relevância dos direitos fundamentais dos cidadãos e apenas pode ser compreendida numa situação de emergência. Daí que na Directiva se preveja a derrogação das normas europeias relativas ao direito das sociedades comerciais e à protecção dos sócios e credores (considerando

² A afectação destas contribuições ao FR está prevista na Lei nº 55-A/2010, de 31/12 que aprova o Orçamento do Estado para 2011.

120 a propósito da Directiva 2012/30 UE do Parlamento Europeu e do Conselho). Seja como for, a consagração dos poderes unilaterais envolvidos corresponde a algo de novo no direito europeu tanto mais que não se prevê qualquer indemnização aos prejudicados. Apenas certos credores beneficiam da garantia de que não ficarão em pior situação do que aquela em que estariam colocados no caso da insolvência do banco.

Ora, a situação em causa coloca-nos perante uma dificuldade acentuada. É que a resolução bancária compreende poderes de verdadeira intervenção na gestão e no capital da empresa cujo impacto sobre a mesma nada tem a ver com a sua liquidação da mesma e que obedecem a uma finalidade completamente diferente. Não a substitui. Mas o que se pretende com a resolução não é garantir os credores mas sim assegurar a continuidade da empresa em crise evitando riscos «sistémicos».

A não previsão de uma indemnização aos prejudicados designadamente aos maiores credores louva-se, na perspectiva da Directiva, no facto de ela com toda a probabilidade acabar por providir de fundos públicos designadamente orçamentais e pelo consequente desejo, claramente expresso na Directiva, de evitar que sejam os contribuintes a sofrer os erros de gestão e outros que conduziram à crise do banco sob resolução. Não é curial fazer repercutir sobre o contribuinte os passivos bancários da empresa em crise.

Daí que se justifique a contribuição de fundos privados na composição do FR. Os bancos em geral devem contribuir para o financiamento daquele fundo, como se verá. Na insuficiência dos meios previstos para o financiamento do FR ou seja, dos activos e passivos transferidos, a opção só podia ser entre fundos privados e públicos. Preferiu-se a primeira.

3 Os poderes de resolução do Banco de Portugal

3.1 O regime geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras (RGICSF) constante do Decreto-Lei nº 298/92, de 31/12 foi diversas vezes alterado, por último pelos Decretos-Lei nº 114-B/2014, de 4/8, que alterou o regime dos bancos de transição de modo a transpor a referida Directiva 2014/59 UE e pelo Decreto-Lei nº 157/2014 de 24/10 que reforçou alguns poderes de supervisão do BP sobre as entidades bancárias e afins, transpondo a Directiva nº 2013/23 do Parlamento Europeu e do Conselho e levando em conta o Regulamento UE nº 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, da mesma data, que regem o acesso às instituições de crédito e o novo quadro da supervisão bancária.

Antes do mais recente direito europeu já o art. 145º-A e ss. do RGICSF previam, desde o Decreto-Lei nº 31-A/2012, de 10/2, os poderes de resolução do Banco de

Portugal (BP) nas instituições sujeitas à sua supervisão de modo a evitar riscos sistémicos, assegurar a continuidade da actividade da entidade sob resolução e a confiança dos depositantes. A fonte era o *soft law* europeu, há vários anos adepto daqueles poderes. Os princípios consagrados naquelas normas não se afastam muito dos europeus.

À face do direito português a resolução pode tomar a forma apenas de uma alienação do banco em crise a favor de outra entidade bancária já existente, sem necessidade do acordo de sócios e credores ou a forma de uma transferência da respectiva actividade para um novo banco dito de *transição* criado pelo Banco de Portugal (BP) e nas mesmas condições unilaterais. A resolução não é subsidiária de quaisquer medidas mais suaves ditas de *intervenção correctiva* do banco em dificuldades. Os efeitos são automáticos e compreendem a destituição de todos os órgãos sociais e a nomeação de novos órgãos pelo BP e a alienação da actividade do banco em crise ou a sua transferência. Vigora também o princípio segundo o qual os prejuízos da instituição sob resolução recaem prioritariamente sobre os sócios e credores da mesma.

Quer a alienação quer a transferência da actividade bancária são da competência do BP e podem compreender a transmissão total ou parcial para a entidade já existente ou para o banco de transição de elementos activos, passivos, extrapatrimoniais e de activos sob gestão da empresa sob resolução para aquelas previamente seleccionados pelo BP bem como cessões de posições contratuais. Acarretam a suspensão de vencimentos antecipados contratualizados. No caso da alienação estão previstas metodologias consensuais para o acerto de contas entre a entidade alienante e a adquirente.

De acordo com as referidas normas o banco de transição é uma entidade temporária dotada de capital social integralmente detido por um Fundo de Resolução (FR) e por este integralmente realizado com recurso aos seus próprios fundos (art. 145º-G). É o FR, fiscalizado pelo BP, que apoia financeiramente o banco de transição. Está prevista a respectiva alienação ficando o respectivo produto obrigatoriamente afecto ao FR.

O FR é uma pessoa colectiva de direito público criada por lei gerido por entidades nomeadas (art. 153º-B e ss.) com o objectivo de prestar apoio financeiro ao banco de transição. Está dotado de recursos próprios avultando as contribuições obrigatórias iniciais e periódicas dos bancos em geral e de entidades similares em condições semelhantes às respectivas contribuições para o Fundo de Garantia de Depósitos (FGD). A contribuição estatal é excepcional (art. 153º-J).

Está previsto que o contencioso das medidas de resolução é globalmente da competência dos tribunais administrativos.³ Mas não está previsto qualquer meio de acção especial de natureza urgente para tutela dos lesados ao contrário do que consta da referida Directiva nº 2014/59 UE.

Quanto às garantias dos credores do banco sob resolução o legislador português limita-se a prever que após a futura alienação do banco de resolução as verbas são afectas ao FR, ficando o remanescente, se o houver, para a massa falida de modo a não desguarnecer os credores não garantidos pelo FGD. Mas, como que num acesso de má consciência, o nº 1 do art. 145º prevê que o pagamento das indemnizações a pedir pelos particulares lesados no tribunal administrativo caberá ao FR salvo no caso de elas resultarem de responsabilidade do BP por facto ilícito, caso em que caberão ao próprio.

À face do direito português o enquadramento dos poderes administrativos de resolução deve constar de lei da AR ou de diploma equiparado, de acordo com o art. 18º da CRP, pois que têm alcance restritivo dos direitos fundamentais de livre iniciativa privada e de propriedade privada. E, com efeito, assim sucede no referido art. 145º. A prática de um acto de resolução, sem adequada previsão legislativa, corporizaria uma clara inconstitucionalidade formal e orgânica.

Mas a questão da validade constitucional dos poderes de resolução deve colocar-se também no plano substancial pois que é certo que eles lesam gravemente a situação dos credores e dos sócios do banco sob resolução. Com efeito, na previsão legal dos poderes de resolução nada se diz sobre a contrapartida indemnizatória a atribuir àqueles, o que parece claramente, à primeira vista, afectar o princípio da intangibilidade constitucional do *conteúdo essencial* dos direitos patrimoniais em causa constante do mesmo art. 18º da CRP. Voltaremos ao assunto.

4 A resolução do Banco Espírito Santo

4.1 Em 3 de Agosto de 2014 deliberou o BP uma medida de *resolução* bancária que transfere activos, passivos, elementos extra-patrimoniais e activos sob gestão do Banco Espírito Santo (BES), SA para uma nova entidade denominada Novo Banco, SA.⁴

³ O legislador não considerou que os actos de resolução corporizam presunção legal de *resolução fundamentada* nos termos e para os efeitos do art. 128º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), ao invés do que sucede no art. 14º do anexo à referida Lei nº 62-A/2008 que cria o regime geral das nacionalizações de partes sociais de empresas de mais que duvidosa constitucionalidade pois que ao dispensar o Governo de emitir aquela resolução impede o efeito suspensivo da providência cautelar de suspensão do acto administrativo.

⁴ De acordo com um comunicado do BP datado de 23/3/2015 e disponível *on line* a medida de resolução foi precedida de uma medida prudencial mediante a qual o BP requereu ao BES em

Porque o regime europeu da resolução bancária ainda não entrou em vigor, como se viu, a legislação aplicável à deliberação do BP é apenas o RGICSF, o Regulamento UE nº 575/2013, de 26/86 e o Aviso do BP nº 6/2013.

De acordo com a acta do BP, que deu corpo à deliberação de resolução, os activos são todos transferidos designadamente os créditos com excepção das acções próprias do BES e de acções representativas do capital social de instituições filiais e os direitos de crédito do BES International e dos seus accionistas. Também são transferidas as *responsabilidades do BES perante terceiros que constituam passivos* com excepção, entre outras, das dívidas para com os accionistas *cuja participação seja igual ou superior a 2% do capital social*⁵ e das responsabilidades decorrentes das obrigações emitidas pelo BES e subscritas por credores como os Fundos de Investimento e *quaisquer responsabilidades...relativas à comercialização...de instrumentos de dívida* emitidos pelo Grupo BES entre outros. Não foram assim transferidas as obrigações emitidas por entidades que integram o GES.

Mas foram transferidos os créditos não subordinados (ou comuns) que resultem de contratos anteriores a 30/7/2014 *documentalmente comprovados nos arquivos do BES*.

A deliberação foi considerada urgente pelo que não houve audiência prévia dos interessados, nos termos da alínea a) do nº 1 do art. 103º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

A referida transferência foi efectuada ao abrigo do art. 145º e ss. do RGICSF tendo em vista a situação de grave incumprimento dos requisitos mínimos de fundos próprios do BES e o conseqüente desrespeito dos rácios mínimos de capital exigidos por lei bem como a impossibilidade de promover uma solução de recapitalização do BES⁶ por este comunicada ao BP em 31/7 e tendo ainda em consideração que o Banco Central Europeu (BCE) deliberou a suspensão do estatuto de contraparte do BES com efeitos a partir de 4/8 a par da obrigação de este reembolsar integralmente o seu crédito junto do Eurosistema no valor de cerca de 10 mil milhões de euros até 4/8.

Julho de 2014 a *divulgação ao mercado do total da exposição creditícia assumida directa ou indirectamente pelo Grupo BES e todas as entidades do GES*. O que não esclarece é se o os visados a cumpriram.

⁵ Porquê este critério penalizador dos sócios com participação superior a 2%? Não parece haver qualquer justificação objectiva. À boa maneira portuguesa apenas num fim se louva a lei, o de prejudicar os maiores accionistas.

⁶ Não seria assim viável o recurso às soluções de capitalização do BES através de investimento público previstas na Lei nº 4/2012, de 11/1.

4.2 É perante esta situação de crise que o BP e de modo a evitar a bancarrota de uma instituição que detém em Portugal uma quota de mercado de cerca de 11,5% do total da captação de depósitos de residentes em Portugal e de 20% do total dos depósitos de residentes fora bem como cerca de 14% do total do crédito concedido em Portugal com especial destaque, dentro dele, para o financiamento de entidades financeiras e seguradoras e não financeiras, para além de outras considerações constantes da acta que corporiza a deliberação, resolveu criar uma nova instituição bancária denominada Novo Banco, SA para a qual transferiu a totalidade da *actividade* prosseguida pelo BES, compreendendo a detenção dos activos da nova instituição de modo a tornar possível a constituição de novos activos e permitir a posterior privatização do novo banco desta forma viabilizando o reembolso dos fundos que o BP agora disponibilizou ao mesmo. Atribuiu também ao *Fundo de Resolução* (FR), pessoa colectiva de direito público, de acordo com o n.º 1 do art. 153.º-B do RGICSF, detentora do capital social do banco de transição e seu único sócio, a tarefa de *prestar apoio financeiro à aplicação das medidas de resolução*.⁷ E rege o princípio segundo o qual são os accionistas do BES que devem suportar em primeiro lugar os prejuízos da instituição, de acordo com o art. 18.º da referida deliberação.

A nova instituição fica assim liberta dos activos *tóxicos* que geraram a actual situação do BES e da maioria dos respectivos passivos. O objectivo é a posterior venda do novo banco a investidores privados, conforme previsto na nova redacção do art. 145.º-I do RGICSF.

⁷ Em 4/12/2014 o FR distribuiu uma nota à imprensa a informar dos pressupostos exigidos para a compra do Novo Banco na qual declara que deliberou que os sócios qualificados (com pelo menos 2% do capital social) do BES não podem comprar acções do Novo Banco. É este um dos pré-requisitos exigidos aos potenciais compradores daquela instituição cuja candidatura deveria ocorrer até ao último dia do ano de 2014.

Sem poder desenvolver aqui o tema, a inconstitucionalidade formal, orgânica e material desta medida normativa é flagrante. É inconstitucional com aqueles fundamentos, porque tratando-se de medida que limita gravemente os direitos de propriedade e livre iniciativa privadas das pessoas envolvidas a fonte respectiva teria sempre de ser a lei ou diploma equiparado, de acordo com o art. 18.º da CRP. Daí a inconstitucionalidade formal e orgânica de que padece. Mas a medida está ainda inquinada de inconstitucionalidade material pois que afecta o conteúdo essencial daqueles direitos e viola o princípio da proporcionalidade ambos limites às restrições legislativas daqueles direitos também constantes do art. 18.º da CRP.

A medida filia-se na alínea l) do art. 5.º da Portaria n.º 420/2012, de 21/1, que concretiza o regime jurídico do FR criado pelo RGICSF que é, como vimos, uma entidade pública detentora do capital social do banco de transição vocacionada para o apoio financeiro às medidas de resolução bancária adoptadas pelo BP com competência para *asseguraro acompanhamento da gestão de bancos de transição* criados em consequência da aplicação de medidas de resolução. Mas daí a arrogar-se competência para limitar apocriamente direitos fundamentais vai uma grande distância.

A disponibilização de fundos pelo Estado tem a natureza de uma *operação de financiamento* e não de capitalização do novo banco, de acordo com o ponto nº 14º da deliberação do BP.⁸

5 A situação dos accionistas

5.1 Resta saber se a resolução do BES obedeceu integralmente ao regime europeu constante da referida Directiva 2014/59 UE. Esta diz-nos muito sobre a situação dos accionistas. Note-se que aquela Directiva é directamente aplicável na ordem interna portuguesa pois que consagra expressamente direitos a favor dos cidadãos portugueses na situação de accionistas do BES que estes podem reivindicar junto dos tribunais nacionais e europeus.

Com efeito, daquela Directiva consta um Capítulo VII onde sob a rubrica *salvaguardas* se consagram os direitos dos accionistas em caso de resolução da instituição bancária, como se disse. Tais direitos não são deixados ao livre alvedrio dos EM. O objectivo é precisamente impedir que os EM na legislação que transpõe a Directiva e na respectiva conduta administrativa não levem adequadamente em conta os direitos dos accionistas.

5.2 O que nos diz então a referida Directiva quanto aos direitos dos accionistas da instituição bancária que foi objecto de resolução por estar em situação de risco? Diz-nos quatro coisas principais, a primeira que os accionistas recebem para satisfação dos seus créditos sobre aquela instituição *pele menos o mesmo valor que teriam recebido se a instituição objecto de resolução tivesse sido liquidada ao abrigo de processos normais de insolvência aquando da tomada da decisão* de resolução, de acordo com a alínea a) do art. 73º, a segunda que os EM devem promover através de uma *instituição independente* a avaliação da questão de saber se os accionistas teriam ou não recebido um tratamento mais favorável se a referida instituição tivesse entrado em processo normal de insolvência, de acordo com o nº 1 do art. 74º, a terceira que se um accionista receber um tratamento menos favorável do que receberia

⁸ Diga-se, de passagem, que o BP pode suspender ou substituir os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização de uma instituição bancária ou afim a título de *intervenção correctiva*, nos termos do nº 1 do art. 139º e da alínea c) do nº 1 do art. 141º do nº 1 do art. 145º do RGICSF e desde que a instituição em causa não cumpra as normas legais ou regulamentares que balizam a sua actividade. A aplicação desta e de outras medidas não depende de qualquer prévia instauração de um procedimento sancionatório.

De notar que a redacção dada ao RGICSF pelo recente Decreto-Lei nº 157/2014, de 24/10 eliminou no referido nº 1 do art. 139º a expressão *a todo o tempo* que constava da sua anterior versão. Mas acrescentou qualquer coisa aos poderes de controlo do BP na medida em que no art. 32º-A se prevê agora a possibilidade de uma *suspensão provisória de funções* dos quadros dirigentes em caso de *risco de grave dano para a gestão sã e prudente* de uma instituição de crédito.

em caso de insolvência do banco *tem direito ao pagamento da diferença*, de acordo com o art. 75º e a quarta que os EM se obrigarão a assegurar que uma pessoa prejudicada por uma decisão como a que aqui está em causa dispõe do *direito de interpor recurso contra essa decisão*, de acordo com o nº 3 do art. 85º, que esse recurso é *célere* e que os tribunais nacionais podem utilizar *como base da sua própria avaliação* as avaliações económicas realizadas pela autoridade de resolução, no caso português o BP.

Ora, nada disto ficou salvaguardado na referida deliberação do BP. Esta consagra (ponto 18º) o princípio segundo o qual *os accionistas devem suportar prioritariamente os prejuízos* da instituição sob resolução. Nada mais.

5.3 De acordo com a deliberação do BP corroboradas por posições assumidas na comunicação social pelos responsáveis do Novo Banco, a transferência dos activos do BES para aquela instituição não confere aos sócios direito a qualquer indemnização e a futura venda da mesma não lhes outorga qualquer vantagem ficando o valor percebido afecto ao referido *Fundo de Resolução*.

Sem direito a uma indemnização qual a situação dos sócios perante a massa falida sendo certo que o direito europeu garante que estes não podem ficar em pior situação do aquela em que ficariam no caso da falência da empresa? De acordo com alínea b) do nº 4 do art. 47º do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE),⁹ os sócios são credores *subordinados* por estarem *especialmente relacionados com o devedor* nos termos do alínea a) do art. 48º e da alínea a) do nº 2 do art. 49º, sendo o devedor, como é, uma pessoa colectiva, e mesmo pelos *suprimentos* que lhes sejam devidos pelo que apenas receberão o que eventualmente lhes couber no âmbito do processo de insolvência do BES ou seja, o remanescente rateado da massa falida, se o houver.

Pode assim concluir-se que a situação jurídica dos sócios do BES não afronta o direito europeu na medida em que os respectivos direitos decorrem da aplicação do regime nacional da falência. Mas isto não escamoteia que a outro título completamente diferente lhes seja devida uma indemnização quer à face do direito europeu quer à do direito português. É que os sócios têm direito ao que teriam a receber em caso de falência, como diz a lei. Mas sucede que não estamos perante um caso de falência mas sim perante uma intervenção unilateral de uma autoridade pública que precisamente a visa evitar enveredando por uma medida que em tudo se aproxima de uma nacionalização. E esta cabe no conceito amplo de expropriação como já deliberou o TC alemão. Assim sendo requer uma indemnização. Mesmo que esta não tenha de ser elevada até porque o actual valor de mercado penalizaria grave-

⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei nº 53/2004, de 18/3.

mente o montante a receber pelos sócios do BES, tal montante é indemnizatório e não de qualquer outra natureza

6 A situação dos credores do BES

6.1 A deliberação consagra no ponto 18º um princípio de proporcionalidade relativo à situação dos credores da instituição sob resolução de acordo com o qual os credores do BES não podem ficar em pior situação do que aquela em que ficariam se o mesmo banco *tivesse entrado em liquidação* (ponto 18º). A solução está de acordo com a alínea c) do nº 1 do art. 145º-B do RGICSF.

Mas o facto é que a deliberação inviabiliza os direitos dos credores do BES. E isto porque os elementos activos do BES já foram integralmente transferidos para a referida instituição. E não contabilizam assim a favor dos credores do BES no âmbito do futuro processo falimentar. Também os direitos de crédito decorrentes de obrigações emitidas pelo BES e subscritas por credores como os Fundos de Investimento ficam sem efeito.

Quer dizer; o Estado português expropriou todos os elementos activos do BES em benefício de uma nova instituição adrede criada e depois deixa ao dispor dos credores uma massa falida vazia ao mesmo tempo que nega direitos de crédito decorrente de obrigações subscritas. Isto significa que o Estado português expropriou os valores activos do BES em claro prejuízo dos seus credores e sem indemnização. Estes num eventual processo falimentar verão a sua posição anormalmente diminuída porque não podem contar com o valor dos activos do BES que para a massa falida reverteria num processo normal.

O BP sonogou sem indemnização a massa falida em prejuízo obviamente dos credores. E nem sequer colocou a hipótese de converter em depósitos a prazo no Novo Banco, SA as obrigações do BES subscritas pelo público. O que a comunicação social tem veiculado é que o BP se opôs com veemência à conversão das dívidas do BES em depósitos junto do Novo Banco.

6.2 Qual é então o destino dos subscritores de obrigações ou seja, qual o destino do papel comercial subscrito pelos tomadores de obrigações aos balcões do grupo BES e que constituem créditos sobre esta entidade. Estão em causa o reembolso dos capitais emprestados ao grupo BES e os respectivos juros.

Já sabemos que não transitaram para o Novo Banco as responsabilidades do grupo BES. Estas ficaram com o grupo BES cuja massa falida por nada ou quase nada poderá responder. O produto da venda do Novo Banco, por sua vez, reverte por lei para o Fundo de Resolução que é uma entidade pública. E os subscritores das obri-

gações? Apenas podem contar com uma massa falida que só existe virtualmente. Ficam, portanto, entregues e eles próprios.

De acordo com um notável comunicado de 20/2/2015 da Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários (CMVM) as entidades intervenientes neste complexo procedimento designadamente o BP e o Novo Banco criaram expectativas de reembolso aos obrigacionistas não institucionais ou seja, ao público em geral subscritor daquelas obrigações, expectativas essas tanto mais atendíveis quanto os referidos subscritores de obrigações foram induzidos por informação enganosa por parte do grupo BES como no comunicado claramente se enfatiza.

Mas a realidade é que nenhuma norma jurídica específica os tutela directamente. Como não podia deixar de ser, o BP está preocupado é com a venda em boas condições do Novo Banco a quem der mais e para que a operação corra bem importa não afugentar qualquer eventual comprador com o pesadelo da responsabilidade pelo reembolso do papel comercial subscrito pelos coitados dos portugueses ou com um enorme montante de depósitos a compreender um pesado serviço de juros. Nem sequer ficou previsto o reembolso aos subscritores de obrigações mediante uma parcela, mesmo que rateada, do produto da privatização do Novo Banco. De maneira que os subscritores de obrigações estão entregues à sua sorte. Só se admira quem não conhece o país em que vive.

Mas nem tudo está perdido. A esperança dos subscritores das obrigações e dos sócios do grupo BES são os tribunais. Vamos ver quais os meios de tutela disponíveis.

6.3 No já referido (em nota) comunicado de 23/3/2015 o BP assevera que o Novo Banco não tem qualquer responsabilidade sobre direitos de crédito cuja constituição se encontrasse em 3/8/2014 sob condição da ocorrência de factos futuros e incertos pois que não constituíam àquela data créditos exigíveis sobre o BES designadamente responsabilidades decorrentes da comercialização pelo BES de obrigações emitidas por entidades que integram o GES. De acordo com o comunicado, os detentores de obrigações emitidas pelo GES não eram àquela data credores do BES e não são, portanto, credores do Novo Banco, reiterando o que já afirmara em comunicado de 14/8/2014.¹⁰ neste afirma que *as obrigações e outros títulos representativos de dívida não emitidos pelo Banco Espírito Santo devem ser reembolsados pelos respectivos emitentes* ou seja, pelas entidades que integram o Grupo GES e não pelo Novo Banco posto que para ele não foram transferidas.

6.4 Do ponto 12 do referido comunicado de 14/8/2014 ressalta, contudo, que o BP *pode desenvolver iniciativas comerciais junto dos seus clientes* que se revelem de

¹⁰ Disponível *on line*.

interesse recíproco e mais adiante que *eventuais propostas de tratamento dos clientes de retalho* que detenham tais obrigações, de que o Novo Banco não é devedor, insiste-se, e que *se revelem importantes para a preservação da relação de confiança com os clientes, dependem de condições que têm de ser definidas pelo Conselho de Administração do Novo Banco*, sendo certo que tais condições devem observar as recomendações do BP *em matéria de rácios de capital e posição de liquidez do Novo Banco*.

Ora, segundo o referido comunicado de 23/3/2015 o BP não criou até hoje qualquer expectativa legítima aos subscritores de obrigações nas referidas condições (emitidas pelas entidades integrantes do Grupo GES) até porque, alegadamente, qualquer deliberação nesse sentido tem de estar subordinada à lei e esta, alegadamente, não permite que dela resultassem efeitos patrimoniais negativos para o Novo Banco inevitavelmente decorrentes da assunção por esta entidade de responsabilidades decorrentes da emissão de obrigações pelas entidades que integram o Grupo GES.

Assevera também o BP no seu comunicado de 23/3/2015 que *não existe, no balanço do Novo Banco, qualquer provisão* relacionada com eventuais obrigações decorrentes da emissão de obrigações pelas entidades que integram o Grupo GES e pelo BES comercializadas. E isto porquê? Porque, de acordo com o mesmo comunicado, aquela provisão só teria razão de ser se existissem créditos não subordinados (comuns) resultantes de contratos anteriores a 30/7/2014 ou uma deliberação do Novo Banco de apresentação de uma oferta comercial dirigida àqueles clientes. Ora, nada disso se verificou pelo que não foi constituída aquela provisão.

7 A tutela dos interessados

7.1 Aquela deliberação do BP levanta vários problemas jurídicos ou seja, infringe de uma só penada o direito constitucional, o direito administrativo e o direito comercial.

A deliberação é inconstitucional porque o acto administrativo que o BP praticou enferma de uma inconstitucionalidade material na medida em afecta o conteúdo essencial do direito constitucional da propriedade privada que impede uma apropriação pública sem adequada indemnização, de acordo com o art. 83º da Constituição da República Portuguesa (CRP). A invalidade que lhe corresponde é a nulidade, de acordo com a alínea d) do nº 2 do art. 133º do CPA. A afectação daquele conteúdo essencial de um direito fundamental é evidente e manifesta não na medida do acto expropriatório (ou de efeito equivalente) mas na medida em que o valor patrimonial a partir do qual o quantitativo indemnizatório seria outorgado foi já previamente desfigurado pela deliberação do BP mediante a transferência cuidadosa de todos os valores activos para o Novo Banco.

Independentemente da invalidade da deliberação do BP a própria norma do RGICSF em que a mesma se alicerça é de constitucionalidade mais do que duvidosa e pelos fundamentos já expostos. Nada impede, portanto, que os credores do BES peçam ao tribunal a desaplicação daquela norma aos casos concretos judicandos, o que tem como consequência que o tribunal arbitraré uma indemnização, nos termos gerais. Sendo inconstitucional por razões materiais a norma do RGICSF que prevê a resolução sem indemnização devem os tribunais portugueses desaplicá-la com tal fundamento e atribuir consequentemente aos lesados a indemnização que considerem adequada.

7.2 Sendo as medidas de resolução actos administrativos é aos tribunais administrativos que cabe o respectivo contencioso de acordo com o próprio RGICSF, como já se disse. Mesmo que o acto administrativo em causa viole directamente a CRP, como no caso, é aos tribunais administrativos que cabe o respectivo contencioso sem risco de conflito de competências com o TC, porque este conhece apenas de normas e não de actos individuais e concretos.

Nesta medida, a invalidade daquela deliberação pode ser conhecida pelos tribunais administrativos pois que a directa violação da CRP pela deliberação do BP pode corporizar ilegalidade do acto administrativo que a corporiza. Ora a violação da CRP pela deliberação do BP é directa na medida em que viola o conteúdo essencial de um direito fundamental assim contrariando uma norma constitucional cuja aplicabilidade é directa, como é bem sabido. A deliberação incorre assim em invalidade a título de violação de lei sendo esta, neste caso, a CRP. É contenciosamente impugnável de acordo com a alínea a) do nº 1 do art. 4º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) pois que se trata de um acto administrativo praticado ao abrigo de disposições de direito administrativo que afecta directamente direitos fundamentais. E a invalidade que lhe corresponde é a nulidade, como já se disse.

No caso em questão o lesado também poderia pedir ao tribunal administrativo que desaplicasse incidentalmente a norma do RGICSF por esta violar a CRP e que declarasse a nulidade da deliberação do BP com este fundamento.

7.3 Bem se sabe que a transferência de activos não é uma nacionalização de uma empresa porque não comporta a transferência de participações sociais, não se lhe aplicando assim o regime da lei da nacionalização (Lei 62-A/2008, de 11/11), mas é seguramente uma apropriação pública de um bem com valor patrimonial o que mais que chega para integrar o amplo conceito constitucional de propriedade e desencadear a protecção que lhe cabe. O mesmo se diga relativamente aos direitos dos credores assim erradicados. A propriedade não abrange apenas bens imóveis e móveis mas também direitos de crédito e outras realidades com valor patrimonial. É perfei-

tamente líquido que a diminuição ou destruição de qualquer direito de valor patrimonial equivale a uma expropriação e deve ser indemnizada.¹¹

Aquela apropriação pública deve observar o princípio da indemnização aos sócios e credores do BES. Outra questão é a do critério indemnizatório. Mas é perfeitamente líquido que dizer que os credores e sócios não podem ficar em pior situação do que aquela em que ficariam na sequência de um processo normal de insolvência não chega. Num processo de insolvência não há transferência *ope legis* por acto de autoridade de activos e passivos bancários da entidade sob resolução para uma nova entidade bancária. Ora esta transferência equivale a um acto de apropriação pública obviamente que indemnizável sendo certo que é de indemnização que estamos falando não de reivindicação de créditos em processo falimentar.

7.4 A deliberação do BP fá-lo ainda incorrer em ilicitude a título de responsabilidade civil extracontratual por acto ilícito pois que aquela referida invalidade presume-se ilicitude de acordo com o n.º 1 do art. 9.º da Lei n.º 67/2007, de 31/12 sendo certo que se verificam ainda no caso todos os restantes pressupostos da responsabilidade civil, lesão dos credores (e dos sócios) e nexos de causalidade entre a deliberação do BP e o dano daqueles.

¹¹ A afirmação constante de um leque de informações prestadas ao público pelo BP sobre o caso da resolução do BES e disponíveis *on line* nos termos da qual a resolução do BES *não é uma expropriação* é perfeitamente gratuita. Aquela desapropriação não integra o conceito clássico de expropriação de imóveis mas ainda assim *sempre terá de justificar-se à luz do princípio do Estado de Direito democrático e da responsabilidade do Estado por actos lesivos dos particulares* (Ac. do TC 93-262-1, proc. n. 90-0167, de 30/3/1993). Não existe na doutrina e na jurisprudência actuais qualquer base de sustentação para esta posição restritiva. Integra a chamada *expropriação de sacrifício* que tanta carreira tem feito ultimamente na lei (como sucede no projectado Código das Expropriações) na jurisprudência e na doutrina. Nas oportunas palavras de M. Nogueira de Brito, A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional, Coimbra, 2007, p. 994, *a expropriação por utilidade pública e a requisição*, previstas no n.º 2 do art. 62.º da CRP, *são apenas casos de restrição* do direito fundamental da propriedade não esgotando o respectivo âmbito. O conceito constitucional de propriedade abrange muito mais do que bens imóveis e a respectiva restrição integra-se no conceito de *indemnização pelo sacrifício* pelo qual deve entender-se a devida pela destruição ou limitação em nome de um interesse público de uma posição jurídica garantida como propriedade pela Constituição (tb. F Paula Oliveira, Direito do Urbanismo Curso de Especialização em Gestão Urbanística, Coimbra, 2.ª ed., 2001, p. 81 e F. Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, II, Coimbra, 2010, p. 131 e 135.), sendo devida indemnização por todo o acto ablativo de propriedade ou de outro direito patrimonial (J. Miranda e R. Medeiros, Constituição da República Portuguesa anotada, I, Coimbra, 2005, p. 629. Nós próprios nas lições de Direito Económico há décadas que defendemos esta posição.

Pela expropriação é obviamente devida indemnização a qual não pode ser simbólica (Sobre o critério da indemnização, Ac. da Relação de Lisboa, de 8/10/20089, proc. n. 2313/04.3 TBCLD.L.1-6, disponível *on line* e Ac. do TC n.º 243/2001, de 23/5/2001, *on line*).

Senão vejamos; o BP viabilizou ainda em Julho uma operação de aumento de capital do BES para o que avalizou publicamente a bondade da mesma. O BP não pode garantir aos subscritores das acções um dividendo pois que se trata de um investimento de risco mas é exigível que diga a verdade aos interessados. Não se aconselha um aumento de capital com a bênção do BP para passado pouco tempo optar pela respectiva resolução face a um cenário de bancarrota.

Com efeito, mediante comunicado disponível *on line* com data de 11 de Julho de 2014 o BP transmitiu publicamente que o BES detém um *montante de fundos próprios suficiente para acomodar eventuais impactos negativos decorrentes da exposição assumida perante o ramo não financeiro do Grupo Espírito Santo (GES) sem pôr em causa a cumprimentos dos rácios mínimos em vigor*.

Sucede, porém, que em 30 de Julho seguinte já o BP mediante novo comunicado também disponível *on line* já dizia que *factos supervenientes ... vieram alterar substancialmente o valor das perdas* face ao que o BP determinou entre várias outras medidas um *aumento de capital por parte do BES*, a adopção de um *plano de reestruturação*, a inibição de determinados direitos de voto e a suspensão dos órgãos gerentes. O objectivo foi contribuir para a *estabilidade da instituição* reafirmando que *a solidez da instituição está salvaguardada* e termina o comunicado garantindo que estão *reunidas as condições necessárias à continuidade da actividade desenvolvida pela instituição*. Pouco depois verificou-se o fiasco que é do conhecimento público.

Pode mesmo colocar-se a hipótese de uma actuação do BP por acto ilícito culposo na medida em que este teria actuado com diligência manifestamente inferior àquela a que se encontrava obrigado em função da suas competências em situações como a aqui em análise. Estaríamos perante um caso de *culpa grave* do BP prevista no n.º 1 do art. 8.º da referida Lei n.º 67/2007. Para os lesados a vantagem da invocação desta modalidade de culpa é que ela desencadeia a responsabilidade solidária do Estado e dos seus agentes.

7.5 Mas se não quisermos colocar a hipótese de actuação do BP com culpa grave, forçoso é, pelo menos, avançar com a sua responsabilidade por acto ilícito a título de mau funcionamento do serviço público de regulação bancária.

O BP actuou a partir de 30/7 no uso de competências de *supervisão* previstas no 130.º e ss. do RGICSF. Estas integram um leque muito alargado de medidas administrativas desde as mais leves às mais pesadas culminando precisamente com as medidas de resolução mas que não cabe aqui enunciar. Ora, no caso vertente o BP para além de induzir o público em erro, como já se viu, bastou-se até Agosto deste ano de 2014 com medidas intermédias ditas *correctivas* de aumento de capital social e outras previstas no art. 141.º do RGICSF e mesmo estas só as adoptou quase em

cima da crise generalizada do grupo BES, como se viu. Mas podia ter adoptado medidas de resolução muito antes. Não lhe faltava competência para isso. E sobretudo não devia ter jurado pela bondade das operações de subscrição de obrigações e de aumento do capital do BES.

O público questiona-se com toda a propriedade sobre o que sucedeu. O BP enganou-se? Se se enganou é porque houve falha de supervisão. Ora a supervisão bancária é um serviço público da competência do BP constitucional e legislativamente reconhecido e disciplinado. E se o BP apenas deliberou tomar medidas de resolução em cima da hora a questão é esta; devia tê-las tomado há muito tempo e sem até então iludir o público.¹²

Estamos assim perante um caso de mau funcionamento do serviço público da regulação bancária por violação de *regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado* de que resultou a ofensa de direitos e interesses legalmente protegidos prevista no n.º 1 do art. 9.º da referida Lei n.º 67/2007 que gera responsabilidade civil extracontratual do BP. As regras técnicas e os deveres de cuidado que vinculam o BP na supervisão bancária está abundantemente previstas no RGICSF. Daquele mau funcionamento presume-se ilicitude por força da mesma lei até prova em contrário, de acordo com o referido regime legislativo da responsabilidade civil extracontratual do Estado constante da mesma lei. Mesmo que se diga que o erro resultou não de um mau funcionamento do serviço público de supervisão bancária mas sim do seu *funcionamento anormal* a solução é a mesma, de acordo com o n.º 2 do art. 9.º da mesma lei.

Trata-se de uma responsabilidade de natureza objectiva ou seja, independente da prova da culpa. Esta como que se presume a partir do momento em que o serviço público de regulação funciona mal.

7.6 O facto de as normas ao abrigo das quais o BP exerceu os seus poderes de resolução relativamente ao BES terem origem europeia não prejudica a respectiva inconstitucionalidade. Vejamos; a preferência do direito europeu sobre o interno e mesmo que de nível constitucional, não é incondicional. Não existe se a norma europeia violar os princípios constitucionais cardiais do Estado-de-Direito, de acordo com o n.º 4 do art. 8.º da CRP, segundo o qual as normas europeias só preferem na

¹² Não faz qualquer sentido afirmar, como afirmou o Governador do BP na Comissão Parlamentar de Inquérito em 17/11/2014 que não tinha poderes anteriormente à resolução do BES para ter tomado essa atitude. E muito menos afirmar que não tinha poderes para afastar o Dr. Ricardo Salgado ou que a solução da recapitalização era apenas da iniciativa da entidade bancária em crise ou que era uma decisão *política*. Nada disto é verdade. Todos os poderes de supervisão são da exclusiva iniciativa dessa entidade independente que é o BP, corporizam actos administrativos e não políticos e os poderes de resolução integravam desde há muito a competência do BP.

respectiva aplicação sobre as nacionais desde que respeitem os *princípios fundamentais do Estado de direito democrático*. Se assim não for prefere o direito interno pelo que a norma europeia não se aplica. Ora, é precisamente isso o que se verifica no caso. A norma europeia viola um princípio constitucional interno pois que afecta gravemente um direito subjectivo fundamental credor de especial protecção constitucional, como se viu, para além da afrontar princípios gerais fundamentais da ordem jurídica como a tutela da confiança legítima dos subscritores das obrigações e a protecção da respectiva boa-fé. É perfeitamente líquido que estes princípios são corolários do princípio constitucional mais geral do *Estado de direito democrático*.

Não se aplicam assim as normas europeias referidas por respeito à CRP. A questão da declaração da invalidade com força obrigatória geral daquelas normas europeias não cabe ao Tribunal Constitucional (TC), como é sabido, mas cabe seguramente à jurisdição europeia conhecer da desconformidade daquelas normas com o direito europeu, assunto que não pode ser aqui desenvolvido.

7.7 Por último não esqueçamos que a referida Directiva europeia exige que os EM adoptem para tutela dos credores e sócios da instituição sob resolução meios de acção urgentes. Não bastam meros recursos administrativos nem eles fariam sentido posto que quem tem competência para deliberar a resolução é uma autoridade administrativa independente fora da hierarquia governamental. Ora, nada disso ficou acautelado na legislação portuguesa.

E também não esqueçamos que a Directiva prevê no art. 74º que seja realizada uma *avaliação por uma pessoa independente* da questão de saber se os sócios e credores recebem ou não o mesmo que receberiam em caso de falência do banco sob resolução. Escusado será dizer que nada ficou acautelado nas normas nacionais aplicáveis. No entanto a transposição pela lei daquela norma é indispensável para dar exequibilidade à Directiva.

Em casos destes a Comissão Europeia (CE) pode intentar uma acção de incumprimento contra o Estado português por incorrecta transposição da Directiva, de acordo com o art. 258º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) muito embora este meio de tutela se tenha revelado de pouca eficácia. Mais auspicioso para o cidadão nacional lesado é invocar junto dos tribunais nacionais o efeito directo daquela Directiva nas suas relações verticais com o Estado português.

7.8 A situação possibilita assim aos credores lesados duas vias de tutela jurisdicional que podem ser cumuladas para protecção dos respectivos direitos, uma acção administrativa especial de impugnação da legalidade da deliberação do BP com fundamento em violação de lei no âmbito da qual se pode pedir a desaplicação da norma do RGICSF por inconstitucionalidade e uma acção administrativa comum de indemnização contra o BP a título de responsabilidade civil extracontratual por acto ilícito

culposo e por mau funcionamento do serviço público da regulação bancária, sendo certo que concorrem no caso todos os restantes pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do BP independentemente de pedidos cautelares de suspensão da eficácia daquela deliberação ou outros.

Independentemente destes meios de tutela os lesados podem ainda interpor autónoma ou cumulativamente com outra uma acção administrativa comum de indemnização nos tribunais administrativos com fundamento na alínea g) do nº 2 do art. 37º do CPTA, para pedir a condenação do BP ao pagamento de indemnização decorrente da imposição de sacrifícios por motivos de interesse público.

8 A derrogação do regime da insolvência

8.1 Por último a deliberação do BP coloca um problema de direito comercial. Na falência o liquidatário começa por vender o activo da empresa, como é do conhecimento geral. Só que, no caso, o activo empresarial foi apropriado por uma nova entidade bancária criada por acto de autoridade, como se viu. Com efeito, a referida deliberação do BP inviabiliza o processo falimentar normal pois que já transferiu para a nova entidade bancária o património e os créditos a receber pelo BES elementos fundamentais do respectivo activo. Ora, tais elementos do activo integrariam em condições normais a massa falida. O mesmo se passou com esse valor passivo que é o capital social.

Na verdade, se a massa falida integra todos os bens susceptíveis de penhora, nos termos gerais, evidente é que sendo possível a penhora de créditos (arts. 856 a 860º do CPC) para além de outros valores estes integrariam a futura massa falida. Isto quer dizer que o BP desvalorizou a massa falida em prejuízo dos credores do BES.

Da futura massa falida fariam parte desde logo os bens imobilizados que são, de um ponto de vista jurídico, património do BES e que garantiriam os credores. Ora, se tais bens foram já transferidos sem indemnização para o Novo Banco, SA, não é difícil concluir que a massa falida está depauperada e que os credores vão ser altamente prejudicados. A deliberação é assim contrária à alínea c) do nº 1 do art. 145º - B do RJCSF, como se disse, segundo a qual nenhum credor pode *assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiria* caso a instituição sob resolução tivesse entrado em liquidação. Os credores não podem ficar em pior situação do que aquela em que ficariam na sequência de um processo normal de insolvência. Estas considerações são válidas para os referidos créditos subordinados dos sócios relativamente à massa falida.

A deliberação viola a alínea c) do nº 1 do art. 145º-B do RGICSF pelo também por este lado está inquinada de ilegalidade a título de violação de lei. Viola aquela norma

na medida em que os credores ficam em pior situação do que aquela em que ficariam no caso da liquidação do BES atendendo à sonegação da massa falida.

8.2 Note-se que a derrogação do normal regime da insolvência em detrimento dos credores não decorre de qualquer norma europeia designadamente da referida Directiva. Com efeito, esta apenas nos diz na alínea a) do art. 73º, como já referido, que em caso de resolução os credores cujos direitos ou activos não foram transferidos não podem ficar em pior situação do que aquela em que ficariam *ao abrigo de processos normais de insolvência*. Como não existe um regime europeu da insolvência este é o do direito interno de cada EM.

O que o direito europeu prevê é a aplicação do regime normal da insolvência para o qual, a bem dizer, remete. Não exige qualquer derrogação àquele regime o que teria como consequência necessária enfraquecer a posição dos credores. Não há assim qualquer apoio para pretender que a situação dos credores tal como resulta da deliberação do BP é uma consequência da aplicação do direito europeu ao caso. O direito europeu não serve como alibi para a derrogação ao regime normal da insolvência em detrimento dos credores. A derrogação do regime normal da insolvência tem apenas por fonte a deliberação do BP o que não chega.

9 Conclusões

A resolução é um aspecto essencial do sistema bancário europeu. Visa promover a real integração financeira evitando disparidades nacionais. Os poderes de resolução compreendem a criação de instituições europeias que actuam em colaboração com as nacionais. Entre as medidas previstas está a transferência dos activos e dos passivos de um banco em dificuldades para uma nova entidade que assegura a continuidade da actividade financeira até à sua posterior alienação. Tal actividade é garantida por um fundo de resolução composto por recursos obtidos de determinada maneira.

A resolução do BES pelo BP é, todavia, inconstitucional por razões materiais e ainda ilegal por violação das normas do RGICSF. Gera também responsabilidade civil extracontratual do BP por facto ilícito a título de ilegalidade e de mau funcionamento do serviço público da regulação bancária. Não escasseiam assim os meios de acção ao dispor dos lesados.