Especificidades e vicissitudes do mecanismo de resolução bancária em Portugal: do Memorando de entendimento de 2011 à Directiva 2014/59/EU e ao Regulamento (UE) n.º 806/2014

Autor(es): Quelhas, José Manuel

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39856>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-3_8

Accessed : 26-Apr-2023 16:37:10

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo III

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

ESPECIFICIDADES E VICISSITUDES DO MECANISMO DE RESOLUÇÃO BANCÁRIA EM PORTUGAL: DO MEMORANDO DE ENTENDIMENTO DE 2011 À DIRECTIVA 2014/59/UE E AO REGULAMENTO (UE) N.º 806/2014

Nota prévia

O objectivo deste trabalho é o de examinar as especificidades e as vicissitudes do mecanismo de resolução bancária português, no contexto de criação da União Bancária europeia. Em 2011, o *Memorando de Entendimento* impôs ao Estado Português a criação de mecanismos de resolução bancária, que vieram a ser introduzidos pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que alterou o *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras* (RGICSF). Destarte, Portugal antecipou algumas das exigências consagradas pela Directiva 2014/59/UE, de 15 de Maio, e pelo Regulamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de Julho.

Em Agosto de 2014, as vicissitudes em torno da resolução do Banco Espírito Santo, S.A. (BES) despertaram o interesse das autoridades europeias e das instituições financeiras internacionais pela aplicação da legislação portuguesa, tanto mais que a data limite para a transposição da Directiva 2014/59/UE pelos Estados-membros se estendia até 31 de Dezembro de 2014 e a entrada em vigor do Regulamento (UE)

n.º 806/2014 se fará, de modo faseado, entre 19 de Agosto de 2014 e 1 de Janeiro de 2016. Assim, a resolução do BES poder-se-á tornar um *study case*, que ponha em evidência o pioneirismo ou o experimentalismo da solução adoptada em Portugal.

No presente trabalho, percorre-se o caminho legislativo conducente à criação do mecanismo de resolução bancária português, desde o *Memorando de Entendimento*, de Maio de 2011, até às alterações ao RGICSF, de Agosto de 2014. No itinerário, destaca-se a conexão entre as sucessivas revisões do *Programa de Assistência Económica e Financeira* (PAEF) e a institucionalização do regime de resolução, dando particular ênfase ao carácter precursor do DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro.

Em Agosto de 2014, as especificidades do regime nacional foram postas à prova pelas vicissitudes da resolução do BES, suscitando-se o debate sobre a capacidade de internalização dos custos pelo Fundo de Resolução.

1. O mecanismo de resolução bancária no *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*

O *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*¹, assinado em 17 de Maio de 2011, entre o Governo Português e a *Troika* (Comissão Europeia, Banco

¹ Embora o “idioma da versão original e oficial” do *Memorando* seja o inglês, o *site* do Governo de Portugal disponibiliza *online* as traduções do *Memorando original* (Maio de 2011) e das doze *Revisões Regulares do Programa de Assistência Económica e Financeira* (Setembro de 2011 a Abril de 2014). Em rigor, o *Memorando original* compreende o *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality* e dois anexos intitulados, respectivamente, *Attachment I: Portugal — Memorandum of Economic and Financial Policies* e *Attachment II: Portugal — Technical Memorandum of Understanding*.

Central Europeu e Fundo Monetário Internacional) dedica o ponto 2 à “Regulação e supervisão do sector financeiro”, onde, *inter alia*, se estabelecem os objectivos de “preservar a estabilidade do sector financeiro”, de “reforçar a regulação e supervisão bancária” e de “reforçar o enquadramento legal da reestruturação, saneamento e liquidação das instituições de crédito”^{2 3}.

Aliás, o *Memorando* consagra os subpontos 2.13 e 2.14 ao “Enquadramento legal da Reestruturação, Saneamento e Liquidação das Instituições de Crédito”.

Neste sentido, o ponto 2.13 estabelece:

“As autoridades alterarão a legislação sobre instituições de crédito em consulta com a CE, o BCE e o FMI até ao final de Novembro de 2011 para, entre outras, impor obrigações de reporte prévio baseadas em requisitos e penalizações claras. O BdP será autorizado a aplicar medidas correctivas para promover a implementação de um plano de recuperação. As instituições de crédito com riscos sistémicos terão de preparar planos de contingência de reestruturação, saneamento e liquidação sujeitos a revisão periódica” [cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2011a, p. 9)].

Por sua vez, o ponto 2.14 acrescenta:

“As alterações introduzirão um regime de reestruturação e saneamento das instituições de crédito em dificuldades que lhes

² Cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2011a, p. 7).

³ Num trabalho anterior, intitulado “*Quem é que a austeridade cura? Quem é que a austeridade mata? — Releitura dos Memoranda entre a Troika e os PIGS*”, confrontaram-se os *Memorandos de Entendimento* de Portugal, da Irlanda, da Grécia e da Espanha, sublinhando-se a omnipresença da austeridade em todos os documentos, bem como o impacto sobre a economia real e os seus efeitos redistributivos — cfr. QUELHAS (2013b).

permita, sob controlo oficial, manter o exercício da actividade, para promover a estabilidade financeira e a protecção dos depositantes. O regime estabelecerá requisitos claros para a sua aplicação e os instrumentos de reestruturação ao dispor das autoridades deverão incluir a recapitalização sem direitos de preferência dos accionistas, de acordo com o enquadramento europeu relevante, a transferência de activos e passivos para outras instituições de crédito e um *bridge-bank* [cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2011a, p. 9)].

De sublinhar que o *Memorando*, de 17 de Maio de 2011, estabelecia como data limite para a introdução das alterações legislativas o final do mês de Novembro do mesmo ano, o que revela a premência da *Troika* com a promoção da estabilidade sistémica e com a protecção dos depositantes.

Ab initio, o *Memorando* define o propósito geral de exigência de *obrigações de reporte prévio* a todas as instituições de crédito e o objectivo específico de imposição de *planos de contingência de reestruturação, saneamento e liquidação* às instituições que apresentem risco sistémico⁴. Acresce que o *Memorando* já privilegiava a preservação do exercício da actividade por bancos em dificuldades, através da adopção de três tipos de medidas, a saber: i) *a recapitalização sem direitos de preferência dos accionistas*; ii) *a transferência de activos e passivos para outras instituições de crédito*; iii) *a criação de bridge-banks*.

Destarte, o *Memorando* reconhece o impacto desestabilizador sistémico do encerramento, *maxime* da falência, de uma instituição de crédito, o que consagra a especificidade

⁴ Sobre o conceito de risco sistémico, cfr. QUELHAS (2012c), especialmente o “Capítulo 3. Do risco sistémico e do «efeito de contágio»: São as crises financeiras sistémicas?”.

do negócio bancário perante outros tipos de negócio⁵. Aliás, a mesma preocupação é reforçada no *Anexo I — Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*⁶ e no *Anexo II — Memorando de Entendimento Técnico*⁷, que acompanham o *Memorando* de 17 de Maio de 2011.

Por sua vez, as sucessivas revisões do *Programa de Assistência Económica e Financeira* reiteraram os objectivos relativos à *regulação e supervisão do sector financeiro*, traçados no texto original do *Memorando*, mormente os relacionados com o *enquadramento legal da reestruturação, saneamento e liquidação das instituições de crédito*.

⁵ Sobre a especificidade do negócio bancário, cfr. QUELHAS (1996), mormente em “1.1. Sobre a «revolução financeira»” e “1.2. Das consequências da «revolução financeira»”, bem como QUELHAS (2013a), principalmente em “3. «Banca universal» ou (re)especificidade e (re)especialização do sector bancário?”.

⁶ O ponto 34 do *Anexo I* — cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2011b, p. 12) — inclui a alteração do quadro legal português sobre intervenção precoce, reestruturação e saneamento de instituições de crédito entre os «*benchmarks* estruturais» do *Memorando*, ao mesmo tempo que reafirma a opção pelo princípio da manutenção do exercício da actividade dos bancos em dificuldades em detrimento do seu encerramento, com o objectivo de evitar a propagação do risco sistémico e de travar a deflagração de corridas bancárias contagiosas.

⁷ O *Anexo II* — cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2011c) — reafirma a especificidade do sector bancário através da instituição de um conjunto diferenciado de «*standards* em termos de definições e reporte», que privilegiam as instituições de crédito, mormente: *i*) a exclusão das despesas de apoio à reestruturação do sector bancário do cômputo do limite do saldo orçamental consolidado das administrações públicas; *ii*) a exclusão das garantias executadas com os mecanismos de apoio ao sector bancário do âmbito das despesas orçamentais, no apuramento do saldo em base de caixa das entidades abrangidas pelo orçamento de estado; *iii*) a exclusão da dívida resultante da reestruturação do sector bancário do limite máximo de endividamento das administrações públicas, estabelecido no *Protocolo sobre o procedimento relativo aos défices excessivos*.

Em Setembro de 2011, a *Primeira Revisão Regular do Programa de Assistência Económica e Financeira* manteve a meta de Novembro de 2011 para a introdução das alterações legislativas, apesar de acrescentar a obrigação de “criação de um fundo de resolução destinado a reforçar a protecção dos depositantes e a financiar o saneamento das instituições de crédito”⁸; de notar, ainda, que a versão portuguesa do texto actualizado do *Memorando* substituiu a expressão *bridge-bank* por «banco de transição».

Em Dezembro de 2011, a *Segunda Revisão Regular do Programa* adiou para o final desse ano a introdução das alterações legislativas⁹ e remeteu o enquadramento jurídico do fundo de resolução, incluindo os aspectos operacionais e a sua forma de financiamento, para a legislação comunitária então em preparação¹⁰.

Em Março de 2012, no rescaldo da publicação do DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, a *Terceira Revisão Regular*

⁸ Cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2011d, p. 10).

⁹ Na verdade, só em 10 de Fevereiro de 2012, foi publicado o DL n.º 31-A/2012, que alterou de modo substancial o RGICSE, sobretudo o Título VIII, relativo ao saneamento das instituições de crédito, cuja epígrafe foi elucidativamente red denominada para “Intervenção correctiva, administração provisória e resolução”. No mesmo sentido, sublinhe-se o aditamento do Título VIII-A, sob a epígrafe “Fundo de Resolução”.

Sobre o significado das alterações introduzidas pelo DL n.º 31-A/2012, cfr. *infra* “2. O carácter precursor do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro”.

¹⁰ Cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2011e, p. 13). Aliás, o preâmbulo do DL n.º 31-A/2012 refere expressamente os documentos intitulados “Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution”, publicado pela Direcção-Geral do Mercado Interno e dos Serviços, em Janeiro de 2011 — cfr. EUROPEAN COMMISSION (2011) —, e “Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions”, emitido pelo *Financial Stability Board*, em Outubro de 2011 — cfr. FINANCIAL STABILITY BOARD (2011).

do Programa estabeleceu e calendarizou as normas de execução das principais alterações introduzidas ao RGICSF, mormente: i) a criação e operacionalização do Fundo de Resolução, até Julho de 2012; ii) a regulamentação dos planos de recuperação e de resolução, até meados de 2012; iii) a regulamentação dos bancos de transição, até Setembro de 2012 ¹¹.

Em Junho de 2012, a *Quarta Revisão Regular do Programa* renovou e actualizou os compromissos traçados em Março, ao mesmo tempo que reagendou algumas metas, nomeadamente: i) até final de Julho de 2012, elaboração dos avisos relativos aos planos de recuperação das instituições de crédito autorizadas a receber depósitos, previstos no DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro; ii) até final de Outubro de 2012, regulamentação dos planos de resolução ¹². Por seu turno, o ponto 28 do *Anexo II — Memorando de Políticas Económicas e Financeiras* reitera a obrigação de o Banco de Portugal concluir a elaboração de avisos sobre planos de recuperação, até final de Julho de 2012, sobre bancos de transição, até final de Setembro de 2012, e sobre planos de resolução, até final de Outubro de 2012 ¹³. Destarte, densificam-se as medidas que reforçam o papel do Banco de Portugal na definição do conteúdo dos planos de recuperação e de resolução das instituições de crédito, bem como das regras de criação e funcionamento de bancos de transição.

Em Outubro de 2012, a *Quinta Revisão Regular do Programa* reactualizou o calendário desse ano relativo à execução do novo quadro jurídico de resolução bancária, a saber: até final de Outubro, adopção dos avisos do Banco de Portugal

¹¹ Cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2012e, p. 12).

¹² Cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2012a, p. 10).

¹³ Cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2012b, p. 10).

relativos aos planos de recuperação das instituições de crédito, bem como regulamentação dos bancos de transição; até Novembro, aprovação do decreto-lei definidor das contribuições das instituições de crédito para o fundo de resolução; até final de Novembro, regulamentação dos planos de resolução ¹⁴.

Em Dezembro de 2012, a *Sexta Revisão Regular do Programa* adiou a aprovação, até final desse ano, quer do decreto-lei sobre o financiamento do fundo de resolução, quer do aviso de supervisão do Banco de Portugal relativo aos planos de resolução ¹⁵.

O período compreendido entre 17 de Outubro de 2012 e 15 de Abril de 2013 foi decisivo para a densificação do regime de resolução previsto nos Títulos VIII e VIII-A do RGICSE, de acordo com as alterações introduzidas pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro.

Com efeito, em 17 de Outubro, foi publicado o Aviso do Banco de Portugal n.º 12/2012, que define o conteúdo e as regras de execução dos planos de recuperação; em 18 de Outubro, foi publicado o Aviso do Banco de Portugal n.º 13/2012, que estabelece as regras necessárias à criação e funcionamento de bancos de transição; em 21 de Dezembro, foi publicada a Portaria n.º 420/2012, que aprova o Regulamento do Fundo de Resolução; em 26 de Dezembro, foi publicado o Aviso do Banco de Portugal n.º 18/2012, que define o conteúdo dos planos de resolução e que explicita, em anexo, os elementos informativos mínimos a enviar ao Banco de Portugal pelas instituições previstas no art. 1.º, com vista à elaboração dos respectivos planos de resolução; em 19 de Fevereiro, foi publicado o Decreto-Lei n.º 24/2013, que estabelece o método de determinação das contribuições iniciais, periódicas e especiais das instituições participantes no

¹⁴ Cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2012c, p. 7).

¹⁵ Cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2012d, p. 8).

Fundo de Resolução; em 26 de Março, foi publicado o Aviso do Banco de Portugal n.º 1/2013, que determina o método e os procedimentos de apuramento das contribuições periódicas; em 15 de Abril, foi publicada a Instrução do Banco de Portugal n.º 6/2013, que estatui os «Modelos de reporte para efeitos de apuramento da contribuição inicial e das contribuições periódicas das instituições participantes»; no mesmo dia, foi ainda publicada a Instrução do Banco de Portugal n.º 7/2013, que fixa a taxa base das contribuições periódicas para o ano de 2013.

Após a entrada em vigor dos diplomas estruturantes do regime jurídico de resolução de instituições de crédito em Portugal, a *Sétima Revisão Regular do Programa de Assistência Económica e Financeira* fixou, em Junho de 2013, as metas para esse ano: i) até meados de Junho, cobrança das contribuições iniciais para o Fundo de Resolução às instituições participantes; ii) até final de Junho, exame dos planos de recuperação dos oito maiores bancos portugueses; iii) até final de Julho, remissão para o Banco de Portugal dos elementos informativos, previstos no Aviso n.º 18/2012, indispensáveis à elaboração dos planos de resolução; iv) até Setembro, emissão de *guidelines* sobre planos de recuperação; v) até final de Setembro, cobrança das contribuições anuais para o Fundo de Resolução às instituições participantes; vi) até final de Novembro, apresentação dos planos de recuperação dos restantes bancos ¹⁶.

O texto conjunto das *Oitava e Nona Revisões Regulares do Programa* ¹⁷, publicado em 21 de Outubro de 2013, sublinhou

¹⁶ Cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2013c, p. 9) e CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2013d, p. 11).

¹⁷ Tanto na *Carta de Intenções*, de 24 de Outubro de 2013, dirigida ao Fundo Monetário Internacional, como na *Carta de Intenções*, de 21 de Novembro de 2013, endereçada às instituições da União Europeia, as

a importância do fornecimento atempado de informações pelas instituições de crédito, com vista à elaboração de planos de resolução pelo Banco de Portugal ¹⁸.

Em Fevereiro de 2014, a *Décima Revisão Regular do Programa* reafirmou a importância estabilizadora sistémica dos planos de recuperação e de resolução das instituições de crédito, sobretudo das de maior dimensão, e reitera o objectivo de adequação das recomendações do Banco de Portugal aos projectos de normas técnicas de regulamentação e de execução a apresentar pela Autoridade Bancária Europeia à Comissão, no âmbito da *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento*, então em discussão ¹⁹.

Em Março de 2014, a *Décima Primeira Revisão Regular do Programa de Assistência Económica e Financeira* repetiu, quase *ipsis verbis*, os pontos relativos ao *Quadro jurídico da resolução de instituições de crédito* traçados na *Décima Revisão Regular*, além de pôr em evidência a realização de acções de observação presencial pelo Banco de Portugal, com o objectivo de validar e monitorizar os elementos informativos prestados pelas instituições de crédito, tendentes à elaboração dos respectivos planos de resolução ²⁰.

autoridades portuguesas solicitaram que a *oitava* e a *nova avaliações* do *Programa de Assistência Económica e Financeira* se realizassem em simultâneo. Por esse motivo, o texto conjunto da *Oitava e Nona Revisões Regulares do Programa* corresponde à *oitava actualização* do *Memorando de Entendimento* e o texto da *Décima Revisão Regular do Programa* corresponde à *nona actualização* do *Memorando de Entendimento*.

¹⁸ Cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2013a, p. 8) e CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2013b, pp. 10–11).

¹⁹ Cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2014c, pp. 8–9) e CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2014d, p. 9).

²⁰ Cfr. CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2014a, p. 7) e CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2014b, p. 9).

Em carta datada de 12 de Junho de 2014, o Governo Português comunicou à Directora-Geral do FMI, ao Presidente da Comissão Europeia e ao Presidente do BCE a decisão de abdicar do último desembolso do *Programa de Assistência Económica e Financeira* ²¹. Apesar da renúncia à última tranche da *Troika*, o Governo publicitou a *Carta de Intenções* relativa à *Décima Segunda Revisão Regular do Programa* ²², na qual reafirmou a importância da salvaguarda da estabilidade do sistema financeiro e da resiliência das instituições de crédito.

2. O carácter precursor do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro

Na sequência do compromisso assumido perante a *Troika*, o governo português alterou substancialmente o RGICSF, em 10 de Fevereiro de 2012, sendo de sublinhar a modificação do Título VIII, redenominado de “Intervenção correctiva, administração provisória e resolução”, e o aditamento do Título VIII-A, intitulado de “Fundo de Resolução”.

O preâmbulo do DL n.º 31-A/2012 contextualiza a alteração do RGICSF no quadro das respostas das autoridades de Portugal e da União Europeia à crise financeira, que deflagrou nos EUA, em 2007, e se disseminou rapidamente à escala internacional ²³.

A propagação virulenta da crise financeira e o seu impacto sobre a estabilidade das instituições de crédito e sobre o curso normal dos negócios do sector real introduziram o

²¹ Cfr. GOVERNO DE PORTUGAL (2014b, p. 3).

²² Cfr. GOVERNO DE PORTUGAL (2014a).

²³ Sobre a resposta da União Europeia à crise financeira de 2007, cfr. QUELHAS (2012b), QUELHAS (2012a) e QUELHAS (2013a).

risco de contágio²⁴ nas preocupações das autoridades de supervisão e de regulação, bem como nas agendas dos governos nacionais e das instituições europeias.

De um modo especial, o quadro legal relativo ao saneamento das instituições de crédito revelou-se insuficiente para resgatar os bancos em dificuldades e para travar a propagação contagiosa das crises. Destarte, o processo de alteração legislativa norteou-se pela estatuição de mecanismos de intervenção, à escala individual, e pela salvaguarda da estabilidade sistémica, à escala colectiva.

O DL n.º 31-A/2012 introduz diferentes graus de interferência na gestão das instituições de crédito²⁵, cujo leque varia entre as medidas preventivas de intervenção precoce,

²⁴ Sobre o risco de contágio, cfr.: QUELHAS (2012c), sobretudo em “3.1.4. A identificação entre risco sistémico e risco de contágio directo, na aceção de risco de reacção em cadeia”, “3.1.5. A identificação entre risco sistémico e risco de contágio indirecto, na aceção de risco de exposição a choques comuns” e “3.2. «Efeito de contágio»: uma metáfora elucidativa ou um mito sem fundamento?”; QUELHAS (2012b), especialmente em “4. Supervisão sistémica e efeito de contágio”; QUELHAS (2012a), mormente em “2. A evitação do «efeito de contágio»”; QUELHAS (2013a), particularmente em “1.2. Redução do risco de contágio”.

²⁵ Embora o RGICSF defina diferentes graus de interferência, o art. 140.º estabelece que “o Banco de Portugal não se encontra vinculado a observar qualquer relação de precedência, estando habilitado, de acordo com as exigências de cada situação [...] a combinar medidas de natureza diferente”. Porém, o art. 139.º, n.º 2, subordina expressamente a actuação do Banco de Portugal aos princípios da adequação e da proporcionalidade e determina que a escolha da medida concreta a adoptar deverá considerar o risco de cada instituição de crédito, o grau de incumprimento das respectivas regras de actividade, bem como as consequências sobre a sua solidez financeira, os interesses dos seus depositantes e a estabilidade sistémica. Aliás, já o n.º 1 do mesmo artigo erige três princípios gerais norteadores da actuação do Banco de Portugal, no âmbito do Título VIII do RGICSF, a saber: *i*) solidez financeira das instituições de crédito; *ii*) interesses dos depositantes; *iii*) estabilidade do sistema financeiro.

passando por providências correctivas, pela nomeação de administrações provisórias e pela elaboração de planos de recuperação e resolução, até à própria resolução.

A graduação, em concreto, do mecanismo de intervenção depende do juízo, que o Banco de Portugal faça, acerca da viabilidade de uma instituição de crédito, bem como da ponderação entre os interesses dos depositantes, dos contribuintes e do próprio sistema financeiro como um todo.

Acresce que estes interesses podem não ser conciliáveis; com efeito, a viabilização de um banco protege os depositantes e salvaguarda a estabilidade sistémica, mas também ameaça os interesses dos contribuintes, que, em última instância, suportam o apoio financeiro público à instituição em apuros. *A contrario*, a não concessão de apoio público resguarda os interesses dos contribuintes, mas desprotege os dos depositantes, podendo desencadear corridas bancárias e gerar uma crise sistémica ²⁶ ²⁷.

²⁶ Sobre o *trade-off* entre os interesses dos contribuintes e dos depositantes, cfr.: QUELHAS (2012c), mormente em “1.1.8.3. Os modelos de ataques especulativos de «terceira geração»”, “3.1.4.A identificação entre risco sistémico e risco de contágio directo, na acepção de risco de reacção em cadeia”, “3.2.3. «Efeito de contágio»: um mito sem fundamento” e “3.2.3.4. O «efeito de contágio» e a rede de contratação financeira”; QUELHAS (2012a), sobretudo em “4. A contenção do financiamento público das operações de *bailout*”; QUELHAS (2013a), principalmente em “1.3. Redução do risco moral”.

²⁷ Sobre a noção e as consequências das corridas bancárias, cfr.: QUELHAS (2012c), sobretudo em “1.1.3.1. Os modelos originais de corridas bancárias”, “1.1.3.2. A extensão dos modelos originais de corridas bancárias”, “1.1.8.3. Os modelos de ataques especulativos de «terceira geração»”, “3.1.2. Visão ampla: da ambiguidade construtiva do conceito de risco sistémico”, “3.1.5. A identificação entre risco sistémico e risco de contágio indirecto, na acepção de risco de exposição a choques comuns”, “3.2.5.1. O «efeito de contágio» e a propagação sistémica das corridas bancárias”, “3.2.3.4. O «efeito de contágio» e a rede de contratação financeira”, “3.2.5.5. O «efeito de contágio» e o *trade-off* entre o «risco moral» e o risco sistémico”; “3.2.5.6. O

Assim, justifica-se plenamente que o DL n.º 31-A/2012 tenha introduzido um título específico sobre o Fundo de Resolução imediatamente após o título que rege a própria resolução. Em princípio, os custos com a resolução de uma instituição de crédito são suportados pelo Fundo de Resolução, não se repercutindo sobre os contribuintes, o que permite conciliar a estabilidade sistémica com a protecção dos depositantes e com a integridade das finanças públicas.

De notar que a resolução é a última *ratio* nos graus de intervenção do Banco de Portugal; com efeito, o novo regime enfatiza o papel dos planos de recuperação e de resolução²⁸,

«efeito de contágio», a informação assimétrica no mercado interbancário e as «externalidades negativas» e “4.1.2. Das dificuldades metodológicas de predição de crises”; QUELHAS (2012a), mormente em “2. A evitação do «efeito de contágio»” e “6. Em jeito de síntese: o impedimento da fragmentação dos mercados financeiros”; QUELHAS (2013a) especialmente em “2.2. A preponderância do financiamento de curto prazo” e “2.3. A inadequação dos mecanismos de protecção dos depositantes”.

²⁸ O art. 116.º-D do RGICSE, aditado pelo DL n.º 31-A/2012, estabelece a diferença entre os planos de recuperação e os planos de resolução. Os primeiros traçam as medidas conducentes à correcção atempada do desequilíbrio financeiro de uma instituição de crédito, enquanto os segundos delineiam a aplicação ordenada de «medidas de resolução» de uma instituição de crédito, nomeadamente os procedimentos de alienação da sua actividade a outra instituição ou de transferência da sua actividade para um ou mais bancos de transição.

Os Avisos do Banco de Portugal n.º 12/2012, de 17 de Outubro, e n.º 18/2012, de 26 de Dezembro, definem, respectivamente, os conteúdos dos planos de recuperação e dos planos de resolução previstos no art. 116.º-D do RGICSE. De notar que a elaboração dos planos de recuperação compete às próprias instituições de crédito, ao passo que a elaboração dos planos de resolução é da responsabilidade do Banco de Portugal.

O art. 2.º, n.º 1, do Aviso n.º 12/2012 determina que a organização dos planos de recuperação tenha em conta “diferentes cenários de dificuldades financeiras de severidade variável, nomeadamente eventos sistémicos ou idiossincráticos a nível da instituição ou do grupo, ou uma

combinação de ambos”, ou seja, os cenários de contingência devem conjugar a micro análise individual com a macro análise sistémica e projectar respostas gradativas para níveis de alerta desiguais, o que sublinha a natureza preventiva destes planos.

Por sua vez, o n.º 4 do mesmo artigo enumera, ao longo de 20 alíneas, os dados informativos a fornecer anualmente ao Banco de Portugal pelas instituições de crédito, aquando da elaboração dos respectivos planos de recuperação, onde se conjugam elementos de avaliação idiossincrática com meios de aferição sistémica. Sublinhe-se que o Banco de Portugal pode requerer a prestação de informações complementares e, inclusive, exigir a revisão dos planos de recuperação, isto é, o seu papel extravasa claramente a simples certificação de requisitos formais.

Aliás, o n.º 1 do art. 116.º-E do RGICSF atribui ao Banco de Portugal o poder de exigir a remoção de “quaisquer constrangimentos de natureza legal ou operacional, ou resultantes do modelo de negócio” detectados na análise dos planos de recuperação.

No que concerne aos planos de resolução, o Anexo único do Aviso n.º 18/2012 esquematiza os elementos informativos, que as instituições de crédito devem apresentar anualmente ao Banco de Portugal, subdividindo-os em: Secção I — Estrutura organizativa; Secção II — Estrutura de negócio e operacional; Secção III — Informação financeira; Secção IV — Análise qualitativa relacionada com a informação financeira; Secção V — Governação do plano de resolução; Secção VI — Sistemas de pagamento; Secção VII — Segurança física e gestão de instalações; Secção VIII — Obstáculos à resolução.

O objectivo da Secção I é o de retratar a estrutura societária de uma instituição de crédito ou do grupo em que esteja integrada, quando a supervisão se faça em base consolidada, destacando-se a “identificação dos accionistas com participação superior a 2% no capital social ou nos direitos de voto da instituição e das restantes entidades do grupo”, bem como a “identificação [...] das autoridades de supervisão e de resolução de cada entidade que integra o grupo”. O primeiro aspecto alerta para a concentração de risco em accionistas qualificados e o segundo para a disseminação intragrupo das dificuldades de uma instituição.

O objectivo da Secção II é o de caracterizar a estrutura negocial e operacional de uma instituição ou de um grupo, nomeadamente a identificação das «funções de negócio críticas» e das «linhas de negócios críticas». Por «funções de negócios», o Aviso n.º 18/2012 entende “o conjunto estruturado de actividades, de processos ou de operações que são desen-

volvidos internamente na instituição ou no grupo, com vista a atingir os objectivos da organização ou a dar suporte a outras funções ou linhas de negócio”, classificando como críticas “aquelas que, no caso de serem interrompidas, são susceptíveis de gerar implicações significativas na continuidade da actividade, na reputação, na situação financeira e ou nas contrapartes da instituição”. Por seu turno, o mesmo Aviso considera como «linhas de negócio críticas» “aquelas que assumem maior preponderância nos resultados da instituição ou do grupo e ou aquelas que, no caso de a instituição ou o grupo deixarem de prestar os correspondentes serviços financeiros, são susceptíveis de gerar implicações significativas na reputação, na situação financeira e ou nas contrapartes da instituição, especialmente nos seus clientes, bem como nos mercados onde a linha de negócio é desenvolvida”.

De sublinhar que a natureza crítica das funções e das linhas é aferida pelo impacto desestabilizador sistémico de eventuais interrupções sobre a continuidade da actividade, a reputação e a situação financeira da instituição sob avaliação, do seu grupo e das suas contrapartes. Nestes termos, os planos de resolução procuram travar as externalidades negativas geradas pelas vicissitudes negociais e organizacionais de um banco ou de um grupo sobre o sistema financeiro no seu todo.

O objectivo da Secção III é o de proporcionar a descrição pormenorizada do quadro financeiro de uma instituição de crédito ou de um grupo. Aliás, o texto do Aviso do Banco de Portugal n.º 18/2012 refere expressamente a menção dos seguintes aspectos: estratégias de financiamento; políticas de gestão da liquidez; situação da liquidez; mecanismos de financiamento de emergência; relações de financiamento intragrupo; teor das rubricas extrapatrimoniais; estratégias de cobertura; práticas contabilísticas.

Mas, o Aviso não se limita à enunciação de objectivos gerais; pelo contrário, exige a discriminação de dados financeiros concretos da instituição ou do grupo sob avaliação, *inter alia*: i) a quota de mercado relativa à captação de depósitos e à concessão de crédito, com discriminação por países e por regiões; ii) o montante e a composição do passivo, com estratificação por classes de operações, por maturidades e por tipos de contrapartes; iii) a estrutura do activo; iv) a exposição a posições extrapatrimoniais, com especificação da sua natureza; v) a exposição a instrumentos financeiros derivados, com referência a valores nominais e desagregação por produtos, por activos subjacentes e por finalidades de operações; vi) a

relação completa dos depositantes, quer da própria instituição sob avaliação, quer das restantes instituições do grupo a que esta pertença; *vii*) as exposições cruzadas no seio do mesmo grupo; *viii*) as exposições de outras instituições financeiras, quer perante a instituição sob avaliação, quer perante o respectivo grupo.

Os vários requisitos da Secção III evidenciam a preocupação com o efeito de contágio, dando particular ênfase às consequências disruptivas sistémicas da propagação das dificuldades de uma instituição de crédito, quer intragrupo, quer sobre o sistema financeiro como um todo. Neste sentido, merecem particular acuidade as referências às exposições cruzadas, às operações extrapatrimoniais e aos produtos financeiros derivados.

O objectivo da Secção IV é o de garantir a fiabilidade do processo de recolha e de tratamento das informações previstas na Secção III, ao mesmo tempo que reitera a importância para a estabilidade sistémica dos dados relativos às operações intragrupo, mormente dos *cross guarantee agreements*, dos *cross collateral arrangements*, das *cross default provisions*, dos *cross affiliate netting arrangements*, dos *back to back trading arrangements* e dos *service level agreements*.

O objectivo da Secção V é o de garantir a operacionalidade do plano de resolução, nomeadamente assegurar que a instituição de crédito mantenha as informações exigidas pelo Aviso n.º 18/2012 e os contactos dos seus responsáveis actualizados junto do Banco de Portugal.

A Secção VI centra-se na fiabilidade, na continuidade e na segurança dos sistemas de pagamento, compensação e liquidação utilizados pelas instituições de crédito, bem como nos instrumentos de pagamento facilitados aos seus clientes, prestando particular atenção às tecnologias de informação, aos canais de comunicação, à gestão de redes e aos planos de contingência. Deste modo, reconhece-se a capacidade desestabilizadora sistémica decorrente da fragilidade, da descontinuidade e da insegurança dos meios de pagamento, nas economias monetárias actuais.

A Secção VII subdivide-se em quatro subsecções, nas quais se estipulam as informações que uma instituição de crédito deve fornecer relativas a: *i*) instalações; *ii*) organização da segurança *iii*) identificação e contactos dos técnicos de segurança; *iv*) prestações de serviços no âmbito da segurança e da gestão de instalações. Estas exigências revelam a amplitude, a complexidade e a minudência de elementos necessários para a elaboração de um plano de resolução, que não se circunscrevem aos aspectos financeiro, monetário, negocial ou de governação de uma insti-

ou seja, privilegia a planificação de formas de reacção precoce e de resposta ordenada a crises, bem como a monitorização de indicadores de alerta.

Quando as medidas preventivas se revelarem insuficientes, o Banco de Portugal dispõe ainda de instrumentos correctivos, como a nomeação de administrações provisórias. Porém, se a estabilidade sistémica ou o funcionamento regular do sistema de pagamentos estiverem em causa, o Banco de Portugal pode avançar com o mecanismo de resolução bancária, nomeadamente com a alienação parcial ou total da instituição de crédito em dificuldades ou com a criação de um «banco de transição».

Como bem salienta o texto do preâmbulo do DL n.º 31-A/2012, a propósito da introdução das medidas de resolução:

“A consagração legal destas medidas é porventura a mais importante inovação agora introduzida. À luz do regime vigente até à data, quando uma instituição de crédito se encontrava numa situação de desequilíbrio financeiro muito grave, sem perspectivas realistas de recuperação, o ordenamento jurídico oferecia às autoridades, como única alternativa de actuação, a revogação

tuição de crédito. De facto, a salvaguarda da confiança dos clientes e dos operadores de mercado exige o cumprimento escrupuloso de requisitos e de protocolos de segurança referentes a espaços físicos, a centros de dados e de telecomunicações, a planos de *disaster recovery*, a redes informáticas e de energia, a transportes de fundos, entre vários outros itens.

Por último, a Secção VIII estipula que a informação a prestar pela instituição de crédito traduza os “potenciais obstáculos à aplicação de medidas de resolução” e identifique eventuais formas de os ultrapassar.

Em suma, a referência exhaustiva às exigências das várias secções do Anexo único do Aviso n.º 18/2012 demonstra a amplitude de informações indispensáveis para a elaboração dos planos de resolução pelo Banco de Portugal, que constitui uma dos pontos nodais do regime instituído em Portugal, em 2012.

da respectiva autorização para o exercício da actividade e a sua subsequente entrada em liquidação, ou, em situações de maior gravidade sistémica, a sua possível nacionalização, com custos inerentes para o erário público” [cfr. preâmbulo do DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro].

Grosso modo, até Fevereiro de 2012, a inviabilidade de um banco implicava a sua entrada em liquidação ou a sua nacionalização; a primeira consequência provocaria efeitos disruptivos sistémicos e a segunda oneraria as finanças públicas. Deste modo, após Fevereiro de 2012, a introdução de mecanismos de resolução propiciaria a estabilização do sistema financeiro e o equilíbrio das contas públicas.

A prossecução da estabilidade sistémica, sem a oneração das finanças públicas, alcançar-se-ia pelo estabelecimento do Fundo de Resolução, o que representa a preeminência das operações de *bail-in* sobre as operações de *bailout*²⁹. A preferência pelas operações de *bail-in* consubstanciar-se-ia no financiamento do Fundo de Resolução através de contribuições das instituições de crédito participantes em detrimento de transferências orçamentais públicas.

²⁹ Sobre o significado e o alcance das operações de *bail-in* e de *bailout*, cfr.: QUELHAS (2012c), principalmente em “1.1.8.2. Os modelos de ataques especulativos de «segunda geração»”, “1.1.8.3. Os modelos de ataques especulativos de «terceira geração»”, “3.1.1. Visão restritiva: da desnecessidade do conceito de risco sistémico”, “3.2.3. «Efeito de contágio»: um mito sem fundamento” e “3.2.5.5. O «efeito de contágio» e o *trade-off* entre o «risco moral» e o risco sistémico”; QUELHAS (2012b), sobretudo em “4. Supervisão sistémica e efeito de contágio”; QUELHAS (2012a), mormente em “2. A evitação do «efeito de contágio»”, “4. A contenção do financiamento público das operações de *bailout*” e “6. Em jeito de síntese: o impedimento da fragmentação dos mercados financeiros”; QUELHAS (2013a), particularmente em “1.3. Redução do risco moral” e “1.4. Promoção da concorrência”.

Deste modo, a nova arquitectura assenta na articulação entre o mecanismo de resolução e o Fundo de Resolução, ou seja, o êxito de uma intervenção de resolução pressupõe a existência de um Fundo de Resolução suficientemente capitalizado e financiado através de contribuições das instituições de crédito participantes no próprio Fundo. Só desta forma se garante a internalização dos custos de resolução e a consequente preeminência das operações de *bail-in* sobre as de *bailout*.

O art. 145.º-C, n.º 1, do RGICSF, aditado pelo DL n.º 31-A/2012, prevê a aplicação de duas medidas de resolução, a saber: “a) Alienação parcial ou total da actividade a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade em causa”; “b) Transferência, parcial ou total, da actividade a um ou mais bancos de transição”. De sublinhar que as duas medidas supõem o recurso ao Fundo de Resolução.

No que concerne à primeira medida, o n.º 7 do art. 145.º-F estabelece que

“O Banco de Portugal determina a natureza e o montante do apoio financeiro a prestar pelo Fundo de Resolução, caso seja necessário, incluindo designadamente a prestação de garantias e a concessão de empréstimos à instituição de crédito alienante ou à instituição adquirente, para efeitos de preservar o valor dos activos e passivos e facilitar a concretização da alienação”³⁰.

Nesta hipótese, o Fundo de Resolução só será mobilizado *caso seja necessário*, ou seja, *quando o valor dos passivos alienados*

³⁰ A redacção citada corresponde à alteração introduzida pelo DL n.º 114-A/2014, de 1 Agosto, que alargou o âmbito do anterior n.º 6; com efeito, o novo texto, renumerado com o n.º 7, passou a referir expressamente a “prestação de garantias e a concessão de empréstimos à instituição de crédito alienante ou à instituição adquirente” por parte do Fundo de Resolução.

for superior ao valor dos activos, constituindo a diferença um crédito a seu favor, como se infere dos n.ºs 9 e 10 do mesmo artigo.

No que respeita à segunda medida, o Fundo de Resolução assume um papel essencial, uma vez que é o único detentor do capital social do «banco de transição» adrede criado, nos termos do n.º 3 do art. 145.º-G. Aliás, o n.º 4 do mesmo artigo estipula que “O capital social do banco de transição é realizado pelo Fundo de Resolução com recurso aos seus fundos”.

Além da subscrição integral do capital social, o Banco de Portugal pode ainda determinar a concessão de empréstimos, a prestação de garantias e a realização de aumentos de capital pelo Fundo de Resolução ao «banco de transição», nos termos do art. 145.º-H, n.º 6.

Embora dotado de autonomia administrativa e financeira, o Fundo de Resolução executa as medidas adoptadas pelo Banco de Portugal, junto de quem funciona e de cujos serviços técnicos e administrativos depende para a respectiva laboração.

De sublinhar que compete ao Banco de Portugal designar um membro do seu conselho de administração para presidir à comissão directiva do Fundo de Resolução, composta por três elementos; os outros dois são escolhidos, respectivamente, pelo Ministro das Finanças e por acordo entre o Banco de Portugal e o Ministro das Finanças. Acresce que a fiscalização do Fundo de Resolução cabe ao Conselho de Auditoria do Banco de Portugal, a quem incumbe também dar parecer sobre o relatório e contas do Fundo a apresentar anualmente ao Ministro das Finanças.

Em suma, o Fundo de Resolução mantém uma dependência umbilical em relação ao Banco de Portugal, que é confirmada pela Portaria do Ministério das Finanças n.º 420/2012, de 21 de Dezembro.

Com efeito, compete ao Banco de Portugal deliberar sobre a criação de um «banco de transição», aprovar os respectivos estatutos e nomear os membros dos seus órgãos de gestão e de fiscalização³¹, bem como seleccionar os activos, passivos e elementos extrapatrimoniais da «instituição de crédito originária» a transferir para o «banco de transição»³², *ex vi* dos artigos 145.º-H, n.º 1, e 145.º-G, n.ºs 5 e 11 do RGICSF.

³¹ A parte inicial do n.º 11 do art. 145.º-G do RGICSF prevê que a nomeação dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização do «banco de transição» se faça pelo Banco de Portugal *sob proposta da comissão directiva do Fundo de Resolução*, ou seja, a entidade gestora do accionista único do «banco de transição» limita-se a emitir uma *proposta*, competindo a *nomeação* à instituição que também designa o presidente da referida comissão directiva. Em suma, o Banco de Portugal escolhe, de forma directa e indirecta, dois dos três membros da comissão directiva do Fundo de Resolução e nomeia a totalidade dos órgãos sociais do «banco de transição», cujo capital social é detido integralmente pelo Fundo de Resolução.

³² A selecção dos *activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão* da «instituição de crédito originária» a transferir para o «banco de transição» é regulada pelo artigo 145.º-H do RGICSF e pelos artigos 10.º e 11.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 13/2012, de 18 de Outubro.

A aceção entre o conjunto de *activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão* a transferir para o «banco de transição» e o conjunto a reter na «instituição originária» é essencial para garantir a internalização dos custos da operação de resolução.

Neste sentido, o art. 145.º-H, n.º 2, alíneas a) e b), proíbe a transferência de *quaisquer obrigações contraídas pela instituição de crédito originária* perante um grupo qualificado de credores, no qual se destacam os accionistas com participações superiores a 2% do capital social, os antigos accionistas com participações superiores a 2% do capital social, nos dois anos anteriores à medida de resolução, os membros dos órgãos sociais, os revisores oficiais de contas ou sociedades de revisores oficiais de contas, os accionistas, os membros dos órgãos sociais ou os prestadores de serviços, cuja acção ou omissão, nos quatro anos anteriores à resolução, tenha contribuído para as dificuldades financeiras da «instituição originária». A alí-

Paralelamente, a alínea *l)* do art. 5.º da citada Portaria atribui à comissão directiva do Fundo de Resolução competência para “Assegurar, enquanto detentor do capital social, o acompanhamento da gestão de bancos de transição que sejam criados em consequência da aplicação de medidas de resolu-

nea *c)* do mesmo artigo estende a rede de proibições de transferências de *quaisquer obrigações* perante cônjuges, parentes ou afins em 1.º grau e mesmo perante terceiros, que actuem por conta dos credores referidos nas alíneas *a)* e *b)*.

De notar que a alínea *d)* do n.º 2 do art. 145.º-H aperta a malha da rede de proibições de transferências para o «banco de transição», ao abarcar *quaisquer obrigações* perante aqueles que o Banco de Portugal considere serem os responsáveis pelos factos causadores das dificuldades da «instituição originária» ou que tenham tirado proveito desses factos, *directamente ou por interposta pessoa*, ou que tenham contribuído para o agravamento dessas dificuldades, *por acção ou omissão no âmbito das suas responsabilidades*.

Por sua vez, o n.º 3 do art. 145.º-H proíbe a transmissão para o «banco de transição» dos “instrumentos utilizados no cômputo dos fundos próprios da instituição de crédito cujas condições tenham sido aprovadas pelo Banco de Portugal”, o que reafirma a primazia do RGICSF pela internalização dos custos de resolução das «instituições originárias», bem como a centralidade do Banco de Portugal nas respectivas operações.

Nestes termos, com excepção das obrigações previstas no n.º 2 e dos fundos próprios definidos no n.º 3, os restantes *activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão* da «instituição originária» podem ser transferidos para o «banco de transição» por decisão do Banco de Portugal. Aliás, o n.º 11 do art. 145.º-H vai ao ponto de estipular que “A decisão de transferência prevista no n.º 1 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”. Embora se compreenda a relevância dos interesses públicos invocados no art. 145.º-A, bem como a celeridade intrínseca à eficácia da adopção de uma medida de resolução pelo Banco de Portugal, o trecho “independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário” pode suscitar sérias dúvidas na sua interpretação sistemática.

Em suma, todas estas previsões ensejam a internalização das externalidades negativas da resolução da «instituição originária», bem como a preeminência das operações de *bail-in* sobre as operações de *bailout*.

ção”, ou seja, o poder de facto sobre um «banco de transição» adrede criado não reside no seu accionista único, mas sim no Banco de Portugal.

No mesmo sentido, o art. 145.º-G, n.º 11, *in fine*, do RGICSF, estatui que

“os membros dos órgãos de administração e de fiscalização do banco de transição [...] devem obedecer a todas as orientações e recomendações transmitidas pelo Banco de Portugal, nomeadamente relativas a decisões de gestão do banco de transição”,

o que evidencia o grau de subordinação de facto do «banco de transição» em relação ao Banco de Portugal.

Mas, o êxito de uma medida de resolução, *maxime* a criação de um «banco de transição», não depende apenas da actuação atempada e adequada do Banco de Portugal, depende também dos recursos financeiros à disposição do Fundo de Resolução.

O art. 153.º-F do RGICSF enuncia as fontes de financiamento do Fundo de Resolução, nas quais se destacam as receitas provenientes da contribuição sobre o sector bancário e as contribuições iniciais, periódicas e especiais das instituições participantes, o que confirma a opção do legislador pelas operações de *bail-in* em detrimento das de *bailout*.

Porém, embora a alínea *a*) do art. 153.º-F preveja expressamente a «contribuição sobre o sector bancário»³³, o RGICSF

³³ O art. 141.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2011, introduziu o *regime que cria a contribuição sobre o sector bancário*, cuja regulamentação remeteu para Portaria a publicar pelo Ministério das Finanças, depois de ouvido o Banco de Portugal.

Em 30 de Março de 2011, o Ministério das Finanças publicou a Portaria n.º 121/2011, que *regulamenta e estabelece as condições de aplicação*

da contribuição sobre o sector bancário, posteriormente alterada pela Portaria n.º 77/2012, de 26 de Março, e pela Portaria n.º 64/2014, de 12 de Março.

De sublinhar que o preâmbulo da Portaria n.º 121/2011 insere a criação da «contribuição sobre o sector bancário» no seio do movimento de tributação das transacções financeiras em curso em vários países da União Europeia, atribuindo-lhe dois objectivos: i) “reforçar o esforço fiscal feito pelo sector financeiro”; ii) “mitigar de modo mais eficaz os riscos sistémicos que lhe estão associados”. O primeiro objectivo enseja o aumento da equidade contributiva entre os vários sectores de actividade económica, na correcção dos desequilíbrios das finanças públicas; o segundo objectivo persegue a redução da instabilidade financeira e a internalização dos custos das operações especulativas.

De notar que a Lei do Orçamento de Estado para 2011 classificava a «contribuição sobre o sector bancário» como uma contribuição extraordinária; porém, o regime que cria a contribuição sobre o sector bancário, aprovado pelo artigo 141.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, foi sucessivamente prorrogado e alterado pelo art. 182.º da Lei do Orçamento de Estado para 2012, prorrogado pelo art. 252.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013 e prorrogado e alterado pelos artigos 226.º e 227.º da Lei do Orçamento de Estado para 2014.

Se é verdade que a alínea a) do art. 153.º-F do RGICSE, aditado pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, inclui “as receitas provenientes da contribuição sobre o sector bancário” entre os “recursos financeiros do Fundo de Resolução”, é também verdade que as Leis do Orçamento de Estado para 2011, 2012, 2013 e 2014 não fazem qualquer consignação desta receita ao Fundo de Resolução. A mesma ausência verifica-se também na Portaria n.º 121/2011, de 30 de Março, na Portaria n.º 77/2012, de 26 de Março, e na Portaria n.º 64/2014, de 12 de Março, que regulamentam a «contribuição sobre o sector bancário».

Porém, a Lei n.º 75-A/2014, de 30 de Setembro, que procede à segunda alteração à Lei do Orçamento do Estado para 2014, já autoriza o Governo a transferir para o Fundo de Resolução, em 2014, a receita da contribuição sobre o sector bancário cobrada nos anos económicos de 2013 e 2014 — cfr. o n.º 2 e o n.º 3 do art. 226.º, aditados pelo segundo orçamento rectificativo de 2014 —, estimada em 297 milhões de euros.

De notar que o *Relatório e Contas 2013* do Fundo de Resolução verifica: “no que respeita à contribuição sobre o sector bancário, a mesma terá sido paga ao Estado pelos respectivos sujeitos passivos até ao final do

não lhe faz qualquer referência adicional e a Portaria n.º 420/2012, de 21 de Dezembro, que aprova o Regulamento do Fundo de Resolução, omite qualquer alusão a esta fonte de financiamento. Por seu turno, o Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de Fevereiro, que estabelece o método de determinação

mês de Junho de 2013, conforme dispõe a Portaria n.º 121/2011, de 30 de Março. Porém, a correspondente receita não foi ainda entregue pelo Estado ao Fundo de Resolução, pelo que o seu registo nas contas do Fundo tem por base a estimativa disponível relativamente ao montante colectado” [cfr. FUNDO DE RESOLUÇÃO (2014, p. 18)].

O mesmo *Relatório e Contas* certifica: “Em 31 de Dezembro de 2013, os recursos próprios do Fundo totalizavam 182,2 milhões de euros, valor que compara com a situação líquida negativa de 326 euros observada no final do exercício de 2012. A variação registada em 2013 é justificada pelo recebimento de contribuições iniciais (13,6 milhões de euros) e das contribuições periódicas (41,5 milhões de euros), ambas pagas directamente ao Fundo de Resolução pelas instituições participantes, pelo reconhecimento da receita proveniente da contribuição sobre o sector bancário (127,1 milhões de euros) e pela incorporação dos resultados gerados no exercício (323 euros)” [cfr. FUNDO DE RESOLUÇÃO (2014, pp. 17-18)].

Se considerarmos que, em 2012, a actividade financeira do Fundo de Resolução se limitou “à recepção de um adiantamento de mil euros, efectuado pelo Banco de Portugal, para fazer face às despesas de operacionalização designadamente de registo junto das entidades competentes” — cfr. FUNDO DE RESOLUÇÃO (2013, p. 31, Parecer do Conselho de Auditoria do Banco de Portugal relativo ao exercício de 2012) — podemos concluir que, em 31 de Dezembro de 2013, os recursos próprios do Fundo de Resolução representavam apenas 182,2 milhões de euros, provenientes das seguintes fontes: i) 7,5% de contribuições iniciais; ii) 22,8% de contribuições periódicas; iii) 69,8% da «contribuição sobre o sector bancário». Deste modo, no final de 2013, quase 70% dos recursos próprios do Fundo constituíam um *reconhecimento de receita* ainda não entregue pelo Estado.

Em suma, estes dados evidenciam a insuficiência de recursos em razão dos objectivos do Fundo de Resolução, a sua dependência em relação às transferências do orçamento de estado, bem como o peso diminuto das contribuições iniciais e das contribuições periódicas no seu financiamento total.

das contribuições iniciais, periódicas e especiais para o Fundo de Resolução, alude à «contribuição sobre o sector bancário» no preâmbulo, mas não a retoma no articulado.

Pelo contrário, a regulação sobre contribuições iniciais, periódicas e especiais dispersa-se pelos artigos 145.º-G, 145.º-H e 145.º-I do RGICSF, aditados pelo DL n.º 31-A/2012, 10 de Fevereiro, pelo DL n.º 24/2013, de 19 de Fevereiro, e por vários Avisos e Instruções do Banco de Portugal³⁴.

Grosso modo, a colecta das contribuições iniciais resulta da aplicação da taxa de 0,005% sobre o passivo de cada instituição participante — que se encontrasse em actividade à data da entrada em vigor do DL n.º 31-A/2012 — deduzido dos fundos próprios e dos depósitos cobertos por Fundos de Garantia. Em relação às instituições que iniciem a actividade posteriormente, aplica-se a taxa de 0,05% sobre os capitais próprios contabilísticos existentes à data da respectiva constituição.

A colecta das contribuições periódicas resulta da aplicação da taxa a definir anualmente pelo Banco de Portugal, até ao

³⁴ Cfr.: Aviso do Banco de Portugal n.º 1/2013, de 26 de Março, que *define o método concreto e os procedimentos a adoptar no âmbito do apuramento das contribuições periódicas para o Fundo de Resolução*; Aviso do Banco de Portugal n.º 8/2014, de 9 de Outubro, que *prorroga a data de fixação anual da taxa base de cálculo do valor da contribuição periódica para o Fundo de Resolução*; Instrução do Banco de Portugal n.º 6/2013, de 15 de Abril, que *define os modelos de reporte a efectuar pelas instituições participantes do Fundo de Resolução para efeitos de apuramento do valor da contribuição inicial e das contribuições periódicas*; Instrução do Banco de Portugal n.º 7/2013, de 15 de Abril, que *fixa a taxa base a vigorar em 2013 para a determinação das contribuições periódicas para o Fundo de Resolução em 0,015%*; Instrução do Banco de Portugal n.º 27/2013, de 15 de Novembro, que *fixa a taxa base a vigorar em 2014 para a determinação das contribuições periódicas para o Fundo de Resolução em 0,015%*.

máximo de 0,07%, sobre os valores médios dos saldos mensais do conjunto dos elementos do passivo de cada instituição participante, deduzido dos fundos próprios e dos depósitos cobertos por Fundos de Garantia. Ao contrário das contribuições iniciais, a taxa das contribuições periódicas pode ser ajustada pelo Banco de Portugal *em função do perfil de risco de cada instituição participante*, o que permite agravar a colecta das que apresentem *rationes* de solvabilidade mais baixas³⁵.

Por último, caso os recursos próprios do Fundo se revelem insuficientes para o financiamento de uma medida concreta de resolução, as instituições participantes podem ser chamadas, por Portaria do Ministro das Finanças, a

³⁵ De forma precisa, o preâmbulo do DL n.º 24/2013 contrapõe os objectivos das contribuições iniciais com os das contribuições periódicas, nos seguintes termos: “As contribuições periódicas tendem naturalmente a constituir, a médio e longo prazo, uma fonte de financiamento mais importante do que as contribuições iniciais, uma vez que a sua natureza recorrente permite, com o decorrer do tempo, uma capitalização mais elevada. Por outro lado, as contribuições periódicas também podem cumprir um efeito disciplinador do mercado, na medida em que, sendo cobradas regularmente, devem reflectir o risco sistémico de cada instituição, incluindo tendencialmente a sua dimensão, a natureza da sua actividade, a sua exposição ao risco, a sua complexidade e a interconexão com as restantes instituições, bem como a maior ou menor probabilidade de cada uma vir a ser sujeita à aplicação de medidas de resolução que possam originar a utilização dos recursos destinados a financiar tais medidas”.

Em suma, quer as contribuições iniciais, quer as contribuições periódicas, têm por fim a acumulação de recursos financeiros pelo Fundo de Resolução; porém, as contribuições periódicas assumem um papel especialmente relevante, a saber: a natureza reiterada das prestações reforça a capacidade de capitalização de recursos do Fundo; a fixação anual da taxa pelo Banco de Portugal faculta a adequação da alíquota às necessidades de financiamento do Fundo; o ajustamento da taxa pelo Banco de Portugal ao perfil de risco de cada participante agrava os encargos das instituições com maior propensão desestabilizadora sistémica.

realizar contribuições especiais, na proporção da quota-parte de cada uma no total das últimas contribuições periódicas.

Se considerássemos apenas os n.ºs 1 e 2 do art. 17.º do DL 24/2013, o montante das contribuições especiais das instituições participantes deveria suprir integralmente a diferença entre o custo de uma medida concreta de resolução e os recursos próprios do Fundo, o que eximiria os cofres públicos de prestações suplementares.

Porém, o art. 153.º-J do RGICSF prevê, embora a título excepcional, o recurso a contribuições adicionais do estado, “nomeadamente sob a forma de empréstimos ou prestação de garantias”. Aliás, a expressão «nomeadamente» abre a possibilidade de recurso a outras formas de contribuições adicionais do estado, que não apenas o crédito por desembolso e por assinatura.

Se é verdade que as contribuições iniciais, periódicas e especiais vincam a preferência do legislador por operações de *bail-in*, também é verdade que a admissibilidade de contribuições públicas adicionais não afasta a hipótese de *bailouts*.

No entanto, o preâmbulo do DL 24/2013, de 19 de Fevereiro, sublinha a primado pela internalização dos custos de resolução, nos seguintes termos:

“No plano jurídico, as contribuições, embora obrigatórias, assumem natureza análoga à de um prémio de seguro destinado a cobrir o risco de uma instituição participante deixar de cumprir, ou ficar em risco sério de deixar de cumprir, os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da actividade, por força da ocorrência de uma ou de várias das situações referidas no n.º 3 do artigo 145.º-C do RGICSF e, por via desse facto, contagiar outras instituições. As contribuições para o Fundo de Resolução constituem, neste contexto, a expressão de uma mutualização daquele risco. Em caso de ocorrência do evento contra o qual as instituições participantes se querem premunir, a intervenção do Fundo de

Resolução protege o conjunto das entidades nele participantes, evitando que a situação verificada numa delas alastre às restantes e as contamine. Assim, as instituições pagam as suas contribuições como forma de se protegerem contra um eventual risco sistémico originado numa delas, mas que poderia, por seu turno, induzir o colapso financeiro das restantes instituições participantes, caso não existisse um sistema de financiamento do Fundo de Resolução” [cfr. preâmbulo do DL n.º 24/2013, de 19 de Fevereiro].

Este trecho equipara as contribuições das instituições participantes aos prémios de um seguro mutual, pagos pelos segurados/associados à seguradora/associação mutualista, com vista à criação de um fundo comum, que seja mobilizável para a cobertura dos prejuízos eventuais de um acontecimento futuro e que impeça a disseminação do risco pelos co-associados. Assim, o escopo do pagamento do prémio é o da protecção contra o risco de contágio originado num co-associado, ou seja, a cobertura do risco individual é indissociável da cobertura do risco colectivo, o que reforça o intuito de mutualização do risco sistémico.

A analogia com os contratos de seguro pressupõe que os prejuízos eventuais sejam determináveis por modelos de avaliação de risco, capazes de demarcar a exposição individual de cada segurado e de calcular actuarialmente o prémio a pagar.

Porém, os prejuízos da entrada em incumprimento de uma instituição de crédito sobre o sistema financeiro como um todo não são delimitáveis *a priori*, isto é, o segurador desconhece a dimensão dos prejuízos eventuais que promete ressarcir, o que quebra a ligação entre o prémio a receber e o risco a suportar.

Deste modo, o valor actualizado dos prémios pagos pelos segurados/associados pode ser insuficiente para a reparação dos prejuízos pela seguradora/associação mutualista, o que

impede a internalização total dos custos pelos participantes. Neste caso, o ressarcimento completo dos prejuízos exige a externalização parcial dos custos, o que põe em causa a mutualização integral do risco entre os participantes.

3. A antecipação das exigências da Directiva 2014/59/UE, de 15 de Maio, e do Regulamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de Julho

Após a publicação da Directiva 2014/59/UE, de 15 de Maio ³⁶, e do Regulamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de Julho ³⁷, o RGICSF foi sucessivamente alterado pelo DL n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, pelo DL n.º 114-B/2014, de 4 de Agosto, e pelo DL n.º 157/2014, de 24 de Outubro.

Porém, os diplomas dos dias 1 e 4 de Agosto limitaram-se a inserir mudanças cirúrgicas no RGICSF, no contexto da decisão de resolução do BES, comunicada pelo Governador do Banco de Portugal em 3 de Agosto. Assim, a base legal de suporte à aplicação da medida de resolução do BES é

³⁶ Cfr. Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15.05.2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento e que altera a Directiva 82/891/CEE do Conselho, e as Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/CE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e os Regulamentos (UE) n.º 1093/2010 e (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, publicada no JO, L 173, de 12.06.2014, pp. 190-348.

³⁷ Cfr. Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15.07.2014, que estabelece regras e um procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um Mecanismo Único de Resolução e de um Fundo Único de Resolução bancária e que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, publicado no JO, L 225, de 30.07.2014, pp. 1-90.

anterior à transposição da Directiva 2014/59/UE e decorre principalmente das reformas legislativas gizadas pelo *Memo-rando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*, de 17 de Maio de 2011.

Neste sentido, o preâmbulo do DL n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, elucida que

“o presente diploma incluiu um conjunto de alterações pontuais ao Título VIII do RGICSE, por forma a promover as clarificações e os aperfeiçoamentos necessários e a transpor parcialmente para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2014/59/UE, [...] sem prejuízo da sua completa transposição em momento posterior”.

A mesma opção pela transposição fragmentária da Directiva 2014/59/UE, bem como o carácter pontual das alterações, são sublinhados pelo preâmbulo do DL n.º 114-B/2014, de 4 de Agosto, que esclarece “O presente diploma visa alterar o regime aplicável aos bancos de transição, tendo em conta o regime previsto na Directiva 2014/59/UE [...]” e acrescenta

“As alterações centram-se no aspecto particular das modalidades e condições da alienação das acções representativas do capital social ou do património dos bancos de transição, no sentido de promover a sua regular e eficiente gestão, facilitando a procura de soluções de mercado para a conservação e maximização do respectivo valor”.

Por sua vez, o DL n.º 157/2014, de 24 de Outubro, não faz qualquer referência à Directiva 2014/59/UE, nem ao Regulamento (UE) n.º 806/2014. As alterações substanciais ao RGICSE, introduzidas pelo DL n.º 157/2014, reportam-se sobretudo à adopção interna do «quadro regulamentar de Basileia III», consubstanciado na União Europeia através da

Directiva 2013/36/UE ³⁸ e do Regulamento (UE) n.º 575/2013 ³⁹.

Em suma, a fundamentação legal da medida aplicada ao BES assenta no mecanismo de resolução bancária, delineado no *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*, de 17 de Maio de 2011 [cfr. *supra* ponto 1], e introduzido no quadro jurídico português pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que alterou o Título VIII e aditou o Título VIII-A do RGICSF [cfr. *supra* ponto 2].

Já em plena crise do BES, o Título VIII do RGICSF foi objecto de cinco alterações cirúrgicas, introduzidas pelo DL n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, e pelo DL n.º 114-B/2014, de 4 de Agosto, a saber: *i*) redefinição do «Princípio orientador da aplicação de medidas de resolução», consagrado no art. 145.º-B ⁴⁰; *ii*) explicitação da forma de avaliação dos acti-

³⁸ Cfr. Directiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.06.2013, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, que altera a Directiva 2002/87/CE e revoga as Directivas 2006/48/CE e 2006/49/CE, publicada no JO, L 176, de 27.06.2013, pp. 338-436. Entretanto, o texto original da Directiva 2013/36/UE foi sucessivamente corrigido e alterado pela Rectificação publicada no JO, L 208, de 02.08.2013, pela Directiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04.02.2014, e pela Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15.05.2014.

³⁹ Cfr. Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.06.2013, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento e que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012, publicado no JO, L 176, de 27.06.2013, pp. 1-337. O texto original do Regulamento (UE) n.º 575/2013 foi sucessivamente corrigido e alterado pela Rectificação publicada no JO, L 208, de 02.08.2013, pela Rectificação publicada no JO, L 321, de 30.11.2013, e pelo Regulamento de Execução (UE) n.º 591/2014 da Comissão, de 03.06.2014.

⁴⁰ A anterior redacção do art. 145.º-B, n.º 1, estipulava que “Na aplicação de medidas de resolução, procura assegurar-se que os accionistas

vos, passivos elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão, seleccionados pelo Banco de Portugal, nas operações de alienação total ou parcial da actividade, previstas no art. 145.º-F, n.º 6, e nas operações de criação de um «banco de transição», previstas no art. 145.º-H, n.º 4 ⁴¹; *iii*) alargamento dos meios

e os credores da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa, de acordo com a respectiva hierarquia e em condições de igualdade dentro de cada classe de credores”, ao passo que o novo teor do n.º 1 explicita a graduação dos credores, estabelecendo, na alínea *a*), que “Os accionistas da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa” e, na alínea *b*), que “Os credores da instituição de crédito assumem de seguida, e em condições equitativas, os restantes prejuízos da instituição em causa, de acordo com a hierarquia de prioridade das várias classes de credores”. O novo texto acrescenta ainda a alínea *c*), segundo a qual “Nenhum credor da instituição de crédito pode assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação”.

Estas alterações, introduzidas pelo DL n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, transpõem para a ordem jurídica portuguesa alguns preceitos da Directiva 2014/59/UE, de 15 de Maio, mormente o art. 34.º, n.º 1, alíneas *a*), *b*) e *g*).

De forma elucidativa, o «considerando 5» da Directiva 2014/59/UE esclarece que o regime de resolução “... deverá assegurar que os accionistas sejam os primeiros a suportar as perdas e que os credores suportem as perdas a seguir aos accionistas, desde que nenhum credor sofra perdas superiores às que teria sofrido se a instituição tivesse sido liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência, em conformidade com o princípio segundo o qual «nenhum credor deverá ficar em pior situação [...]»”.

Aliás, o princípio — «nenhum credor deverá ficar em pior situação» — subjaz ao teor do novo n.º 3 do art. 145.º-B do RGICSE, que confere aos credores da «instituição originária» o direito à recepção da diferença entre o prejuízo que assumiram pela aplicação da efectiva medida de resolução e o que teriam assumido num eventual processo de liquidação.

⁴¹ Com o objectivo de garantir a aplicação do princípio «nenhum credor deverá ficar em pior situação», os novos artigos 145.º-F, n.º 6, e 145.º-H, n.º 4, determinam que uma entidade independente, designada

de apoio financeiro a prestar pelo Fundo de Resolução, incluindo a prestação de garantias e a concessão de empréstimos, nas operações de alienação total ou parcial da actividade, previstas no art. 145.º-F, n.º 7, e nas operações de criação de um «banco de transição», previstas no art. 145.º-H, n.º 6 ⁴²; iv) delimitação dos passivos da «instituição originária» susceptíveis de transferência para o «banco de transição», nos termos do art. 145.º-H, n.º 2, alínea a), aplicável, com as devidas

pelo Banco de Portugal, proceda à contraposição entre a avaliação dos *activos, passivos, elementos patrimoniais e activos sob gestão*, reportada ao momento de adopção da medida de resolução, e a “estimativa do nível de recuperação dos créditos de cada classe de credores, de acordo com a ordem de prioridade estabelecida na lei, num cenário de liquidação da instituição de crédito em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução”. Desta forma, transpõe-se para a ordem jurídica nacional o art. 36.º, n.º 8, ao mesmo tempo que se observam as normas de salvaguarda dos artigos 73.º a 76.º da Directiva 2014/59/UE.

⁴² Sob a epígrafe “Obrigatoriedade de criar mecanismos de financiamento da resolução”, o n.º 1 do art. 100.º da Directiva 2014/59/UE determina que os Estados-membros criem “um ou mais mecanismos de financiamento a fim de assegurar a aplicação efectiva, pela autoridade de resolução, dos poderes e instrumentos de resolução” e o n.º 3 do mesmo artigo torna explícito que “Os Estados-Membros asseguram que os mecanismos de financiamento disponham de meios financeiros adequados”.

Por sua vez, o art. 101.º, n.º 1, da Directiva 2014/59/UE enuncia os fins a que os meios financeiros ao dispor da autoridade de resolução podem ser adstritos, entre os quais se destacam, nas alíneas a) e b), a prestação de garantias e a concessão de empréstimos. Acresce que o art. 36.º, n.º 5, alínea b), atribui ao mecanismo de financiamento de resolução o poder de “cobrar juros ou comissões em relação a empréstimos ou garantias concedidos à instituição objecto de resolução, nos termos do artigo 101.º”.

Em suma, o alargamento dos meios de apoio financeiro a prestar pelo Fundo de Resolução português, introduzido no RGICSF pelo DL n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, está em sintonia com o teor da Directiva 2014/59/UE.

adaptações, às operações de alienação total ou parcial da actividade, *ex vi* do art. 145.º-F, n.º 19⁴³; *v*) ampliação das formas de alienação do património de um «banco de transição», previstas no art. 145.º-I, n.º 1⁴⁴.

⁴³ A nova redacção do art. 145.º-H, n.º 2, alínea *a*), aditada pelo DL n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, introduz simultaneamente uma contracção e uma dilatação no conjunto de passivos insusceptíveis de transferência da «instituição originária» para o «banco de transição».

Com efeito, a redacção anterior proibia a transferência para o «banco de transição» de obrigações contraídas pela «instituição originária» perante quaisquer accionistas, ao passo que o novo texto circunscreve a proibição aos accionistas “cuja participação no momento da transferência seja igual ou superior a 2% do capital social”; por outro lado, o novo teor da alínea *a*) alarga essa proibição às “pessoas ou entidades que nos dois anos anteriores à transferência tenham tido participação igual ou superior a 2% do capital social”.

Acresce que o novo art. 145.º-F, n.º 19, manda aplicar, *com as devidas adaptações*, as proibições do art. 145.º-H, n.º 2, à *selecção dos activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão*, nos casos de alienação total ou parcial da actividade, o que aproxima os regimes das duas medidas de resolução previstas no art. 145.º-C, n.º 1.

⁴⁴ O confronto entre a nova redacção do art. 145.º-I, n.º 1, introduzida pelo DL n.º 114-B/2014, de 4 de Agosto, e a anterior evidencia o objectivo de facilitar a alienação, total ou parcial, do «banco de transição», precisando o objecto negocial e ampliando o leque de potenciais adquirentes.

Com efeito, o texto anterior delimitava o objecto da alienação aos “activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão que tenham sido transferidos para o banco de transição”, ao passo que o novo alarga o âmbito às “acções representativas do respectivo capital social, ou os activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão que integrem o respectivo património”.

Por outro lado, a redacção anterior dispunha que o Banco de Portugal “convida [...] outras instituições autorizadas a desenvolver a actividade em causa a apresentarem propostas de aquisição”, enquanto a nova permite que o Banco de Portugal ou o «banco de transição» promovam a “alienação através dos meios que forem considerados os mais adequados tendo em conta as condições de mercado existentes na altura”.

Sublinhe-se que o DL n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, e o DL n.º 114-B/2014, de 4 de Agosto, só transpuseram parcialmente a Directiva 2014/59/UE, de 15 de Maio. Aliás, o art. 130.º, n.º 1, da Directiva determina que os Estados-membros procedam à respectiva transposição para o direito interno até 31 de Dezembro de 2014 e o n.º 2 do mesmo artigo prevê que a sua aplicação ocorra a partir de 1 de Janeiro de 2015.

Por sua vez, o art. 99.º do Regulamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de Julho, estabelece que a sua aplicação decorra progressivamente entre 19 de Agosto de 2014 e 1 de Janeiro de 2016.

Estes dados são relevantes para o enquadramento da medida de resolução do BES na reforma legislativa encetada pelo *Memorando de Entendimento do Governo Português com a Troika*, em Maio de 2011, e para a compreensão do seu financiamento através do Fundo de Resolução, previsto desde a *Primeira Revisão Regular do Programa de Assistência Económica e Financeira*, em Setembro de 2011. Tal significa que a reforma das finanças do sector público, subjacente ao *Memorando*, esteve desde o início associada à reforma das finanças do sector privado, *maxime* do sector bancário.

Destarte, importa conhecer o impacto da decisão de resolução do BES nas contas públicas portuguesas, consultando para o efeito o *Relatório da proposta da segunda alteração ao Orçamento do Estado para 2014*⁴⁵, que apresenta os seguintes números:

“A medida de resolução do Banco Espírito Santo, S.A. implicou a subscrição integral do capital do Novo Banco pelo Fundo de Resolução, no montante de 4,9 mil milhões de euros (2,9% do

⁴⁵ Cfr. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2014a).

PIB). Este valor foi financiado por (1) um empréstimo do Estado ao Fundo de Resolução no valor de 3,9 mil milhões de euros, financiado pela linha de BSSF — *Bank Solvency Support Facility* estabelecida no âmbito do Programa de Ajustamento Económico, (2) pelos recursos próprios do Fundo de Resolução, essencialmente decorrentes do valor acumulado da Contribuição do Setor Bancário (0,4 mil milhões de euros) e (3) por um empréstimo do sistema bancário ao Fundo de Resolução (0,6 mil milhões de euros)” [cf. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2014a, p. 25)].

Em suma, o financiamento da subscrição do capital do «banco de transição» pelo Fundo de Resolução obedeceu à seguinte repartição: 79,6% através de um empréstimo do estado ⁴⁶;

⁴⁶ O *Relatório da proposta da segunda alteração ao Orçamento do Estado para 2014* sustenta que “O empréstimo de 3,9 mil milhões de euros efetuado pelo Estado ao Fundo de Resolução não tem impacto no saldo orçamental uma vez que é uma operação entre duas entidades pertencentes ao perímetro das Administrações Públicas; assim, se as autoridades estatísticas decidirem que não é uma operação financeira de empréstimo mas uma transferência de capital, é uma operação que vai consolidar. Em termos de dívida pública, este montante já estava incluído por corresponder a um empréstimo no âmbito do Programa de Ajustamento Económico” [cf. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2014a, pp. 25–26)].

Num primeiro momento, o *Relatório* do segundo orçamento rectificativo de 2014 examina as consequências da classificação estatística do empréstimo de 3,9 mil milhões de euros do Estado ao Fundo de Resolução sobre o apuramento do saldo orçamental, concluindo: i) se as autoridades estatísticas classificarem o empréstimo como uma *operação financeira*, não haverá impacto sobre o saldo orçamental; ii) se as autoridades estatísticas classificarem o empréstimo como uma *transferência de capital*, também não haverá impacto sobre o saldo orçamental.

A primeira conclusão decorre da metodologia do *Sistema europeu de contas nacionais e regionais na União Europeia*, ao passo que a segunda resulta da inclusão do Fundo de Resolução no âmbito das «entidades públicas reclassificadas», previstas no art. 2.º, n.º 5, da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto (*Lei de Enquadramento Orçamental*), de acordo com a redacção

introduzida pela Lei n.º 22/2011, de 20 de Maio (*Quinta alteração à Lei de Enquadramento Orçamental*).

O citado art. 2.º, n.º 5, estipula que “consideram-se integrados no sector público administrativo, como serviços e fundos autónomos, nos respectivos subsectores da administração central, regional e local e da segurança social, as entidades que, independentemente da sua natureza e forma, tenham sido incluídas em cada subsector no âmbito do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais, nas últimas contas sectoriais publicadas pela autoridade estatística nacional, referentes ao ano anterior ao da apresentação do Orçamento”.

Ora, o Instituto Nacional de Estatística incluiu o Fundo de Resolução nos «Serviços e Fundos Autónomos da Administração Central», na publicação da *lista das entidades que integram o Sector Institucional das Administrações Públicas, nos termos do código do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais — SEC 2010*.

Assim, mesmo que o empréstimo do Estado ao Fundo de Resolução seja classificado como uma *transferência de capital*, a operação será consolidada no perímetro das administrações públicas e não terá impacto no apuramento do saldo orçamental.

Dissipada a dúvida relativa ao impacto sobre o saldo orçamental do empréstimo de 3,9 mil milhões de euros do Estado ao Fundo de Resolução, fica por responder a questão do impacto sobre o saldo orçamental da subscrição de 4,9 mil milhões de euros do capital social do «banco de transição» pelo Fundo de Resolução.

Aliás, o *Relatório da proposta da segunda alteração ao Orçamento do Estado para 2014* explicita que “O tratamento da subscrição de capital do Novo Banco pelo Fundo de Resolução (4,9 mil milhões de euros) dependerá da sua classificação pelas autoridades estatísticas como transacção financeira (sem impacto orçamental) ou como transferência de capital (implicando um aumento do défice orçamental das Administrações Públicas)” [cfr. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2014a, p. 26)].

Assim, num segundo momento, o *Relatório* examina as consequências da classificação estatística da subscrição de 4,9 mil milhões de euros do capital social do Novo Banco pelo Fundo de Resolução sobre o apuramento do saldo orçamental, concluindo: i) se as autoridades estatísticas classificarem a subscrição como uma *operação financeira*, não haverá impacto sobre o saldo orçamental; ii) se as autoridades estatísticas classificarem a subscrição como uma *transferência de capital*, já haverá impacto sobre o saldo orçamental.

A primeira conclusão é comum às *operações financeiras* de empréstimo e de subscrição; a segunda conclusão difere porque, ao contrário do empréstimo

do Estado ao Fundo de Resolução, na subscrição do capital social do Novo Banco pelo Fundo de Resolução, a *transferência de capital* não se consolida no perímetro das administrações públicas.

Todavia, a dúvida sobre a classificação estatística da subscrição de 4,9 mil milhões de euros como *operação financeira* ou como *transferência de capital* continua por responder; como refere o Conselho das Finanças Públicas, na *Análise da proposta de Orçamento do Estado para 2015*, publicada em Novembro de 2014, “A revisão [da previsão para o défice (não ajustado) das administrações públicas para 2014] não incorpora um eventual impacto da subscrição de capital do Novo Banco pelo Fundo de Resolução, ocorrida no 3.º trimestre, uma vez que ainda não existe uma decisão da autoridade estatística nacional sobre essa matéria” [cf. CONSELHO DAS FINANÇAS PÚBLICAS (2014, p. 36, nota 69)].

Apesar de a dúvida subjacente permanecer em aberto, o *Relatório da proposta da segunda alteração ao Orçamento do Estado para 2014* parece desvalorizar a questão, ao sublinhar “Se a operação vier a ter impacto orçamental, importa clarificar que: [1] O impacto corresponderá a uma decisão estatística, não correspondendo a um desembolso adicional de fundos por parte do Estado, nem implicando um custo para os contribuintes; [2] A operação não é relevante para efeitos de aferição do cumprimento de um défice orçamental de 4% do PIB conforme acordado com os parceiros internacionais, na medida em que se trata de uma operação relacionada com o apoio ao sector bancário. Isto significa que não serão necessárias medidas de consolidação adicionais no ano de 2014 para compensar o financiamento da resolução; [3] A operação tem carácter pontual e, portanto, não tem impacto no saldo orçamental estrutural. Consequentemente, não tem impacto no cálculo no esforço estrutural mínimo de 0,5 pontos percentuais a que Portugal se comprometeu no quadro do Pacto Orçamental (já transposto para o ordenamento jurídico interno através da Lei de Enquadramento Orçamental)” [cf. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2014a, p. 26)].

Porém, os três argumentos sobrevalorizam a forma em detrimento da substância e perseguem os objectivos de demonstrar a imponderabilidade do empréstimo de 3,9 mil milhões de euros sobre a dívida pública futura e a neutralidade da medida de resolução para os contribuintes actuais.

O primeiro argumento desloca o eixo da discussão do domínio jurídico-financeiro para o estatístico e justifica a imponderabilidade do empréstimo sobre a dívida pública futura e a neutralidade da medida para os contribuintes actuais pelo facto de a operação não requerer *um desembolso adicional de fundos por parte do Estado*, omitindo qualquer referência

ao impacto do «desembolso originário» sobre a dívida pública e sobre os contribuintes. Mas, mesmo que se assuma a correspondência entre o «desembolso originário» e o desembolso *adicional*, ainda fica por demonstrar o custo de oportunidade em relação a destinos alternativos de aplicação desses fundos.

O segundo argumento justifica a irrelevância da operação para o cumprimento dos limites ao défice orçamental a partir do texto do próprio *Memorando de Entendimento*, de 17 de Maio de 2011, que estabeleceu a linha BSSF — *Bank Solvency Support Facility* de 12 mil milhões de euros. Aliás, na mesma data, o *Anexo II: Portugal — Memorando de Entendimento Técnico* define «standards em termos de definições e reporte», que diferenciam e privilegiam as operações de apoio à solvabilidade bancária, nomeadamente a exclusão das despesas de apoio à reestruturação do sector bancário do cômputo do limite do saldo orçamental consolidado das administrações públicas — cfr. *supra* nota 7.

Em abono da verdade, o texto do argumento explicita que “não serão necessárias medidas de consolidação adicionais no ano de 2014 para compensar o financiamento da resolução”, ou seja, não exclui que sejam *necessárias medidas de consolidação adicionais* nos anos subsequentes.

Em suma, o segundo argumento introduz um enviesamento tecnicista na compreensão das consequências orçamentais da medida de resolução, bem como o primado pela análise de impacto financeiro de curto prazo sobre as análises de médio e de longo prazos.

O terceiro argumento sobreleva a natureza *pontual* da medida de resolução para justificar a sua neutralidade sobre o *saldo orçamental estrutural*, tal como definido pela nova redacção do art. 12.º-C, n.º 3, da *Lei de Enquadramento Orçamental*, alterada pela Lei n.º 41/2014, de 10 de Julho (*oitava alteração à Lei de Enquadramento Orçamental*).

A nova redacção do art. 12.º-C, n.º 3, dispõe: “O saldo estrutural, que corresponde ao saldo orçamental das administrações públicas, definido de acordo com o Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais, corrigido dos efeitos cíclicos e líquido de medidas extraordinárias e temporárias, não pode ser inferior ao objectivo de médio prazo constante do Programa de Estabilidade e Crescimento, tendo por objectivo alcançar um limite de défice estrutural de 0,5% do produto interno bruto a preços de mercado”.

Destarte, o *carácter pontual* do empréstimo de 3,9 mil milhões de euros insere-se nas *medidas extraordinárias e temporárias*, ou seja, não releva para efei-

tos de ultrapassagem do limite de défice estrutural de 0,5% do PIB. Porém, se é verdade que o empréstimo de Agosto de 2014 é uma *medida extraordinária e temporária*, também é verdade que a linha BSSF — *Bank Solvency Support Facility*, no montante de 12 mil milhões de euros, se mantém activa desde Maio de 2011, o que já sugere um carácter extraordinário recorrente.

Ao contrário do *Relatório da proposta da segunda alteração ao Orçamento do Estado para 2014*, publicado pelo Ministério das Finanças, em Agosto de 2014, a *Análise à proposta do Orçamento do Estado para 2015*, publicada pela Unidade Técnica de Apoio Orçamental, em Outubro de 2014, já admite que o empréstimo de 3,9 mil milhões de euros tenha impacto sobre as contas nacionais de 2014, quando afirma: “verifica-se que o reembolso do empréstimo ao Fundo de Resolução de 3,9 mil M€ não se encontra implícito no OE/2015. Este foi efectuado em Agosto com maturidade de 3 meses, renovável até um período máximo de 2 anos. De referir que, independentemente da existência de um reembolso, parcial ou total, do empréstimo efectuado ao Fundo de Resolução, não se prevê que venha a existir um impacto sobre o défice orçamental nas contas nacionais de 2015, mas, a existir, será em 2014” [cfr. UNIDADE TÉCNICA DE APOIO ORÇAMENTAL (2014a, p. 88)].

A Unidade Técnica de Apoio Orçamental tem o cuidado de justificar, em nota de rodapé, o impacto do empréstimo de Agosto de 2014 sobre as contas nacionais desse ano, nos seguintes termos: “O impacto final em contas nacionais da operação estará dependente do prazo de concretização da venda do Novo Banco. Caso a venda venha a ser concretizada no prazo de 1 ano, relativamente à data de subscrição de capital, o impacto no défice de 2014 deverá ser registado pela diferença entre o valor da subscrição do capital e o valor de venda, se este for inferior. Se a venda não se concretizar nesse período, será necessário recorrer a uma avaliação do plano de negócios do Novo Banco com o objectivo de aferir se aquela operação terá um retorno comparável com outros investimentos financeiros de mercado, à semelhança do que sucedeu no caso do Banif e da Caixa Geral de Depósitos. Em caso afirmativo, não haverá impacto no défice. No entanto, se assim não for, a subscrição do capital do Novo Banco deverá ir agravar o défice das administrações públicas em contas nacionais de 2014 pelo montante global da subscrição, i.e. 3,9 mil M€” [cfr. UNIDADE TÉCNICA DE APOIO ORÇAMENTAL (2014a, p. 88, nota 50)].

Deste modo, o equilíbrio da previsão orçamental para 2014 poder-se-á traduzir num desequilíbrio das contas nacionais de 2014, ou

seja, o equilíbrio *ex ante* seria infirmado *ex post*, em função das condições de alienação do «banco de transição» pelo Fundo de Resolução, nomeadamente do prazo e do montante da venda.

Aliás, a Unidade Técnica de Apoio Orçamental traça dois cenários: i) a alienação do Novo Banco, no prazo de um ano, após a subscrição do capital social pelo Fundo de Resolução; ii) a não alienação do Novo Banco, no prazo de um ano, após a subscrição do capital social pelo Fundo de Resolução.

No primeiro cenário, se o valor de venda do «banco de transição» for inferior ao valor de subscrição do capital social, a diferença repercutir-se-á negativamente nas contas nacionais de 2014.

No segundo cenário, a aferição do impacto depende da *avaliação do plano de negócios do Novo Banco* e da comparação entre o retorno da operação de resolução e o retorno de *outros investimentos financeiros de mercado*. Se o retorno da medida de resolução for inferior ao de investimentos alternativos equiparáveis, a subscrição do capital do «banco de transição» *irá agravar o défice das administrações públicas em contas nacionais de 2014 pelo montante global da subscrição*.

Questão conexa, embora autónoma, é a da interpretação da afirmação citada do *Relatório da proposta da segunda alteração ao Orçamento do Estado para 2014*, segundo a qual “Em termos de dívida pública, este montante [3,9 mil milhões de euros] já estava incluído por corresponder a um empréstimo no âmbito do Programa de Ajustamento Económico”.

Aliás, o *Parecer* da Unidade Técnica de Apoio Orçamental, de Setembro de 2014, sublinha que “O empréstimo de 3,9 mil M€ ao Fundo de Resolução por parte do Estado não tem impacto nas necessidades de financiamento do Estado, dado que este montante encontrava-se já contabilizado enquanto depósitos, no âmbito da linha para o reforço da estabilidade financeira” [cfr. UNIDADE TÉCNICA DE APOIO ORÇAMENTAL (2014b, p. 63, nota 47)].

Porém, não se deve confundir o *impacto [anual] nas necessidades de financiamento do Estado* com a eventual imponderabilidade da dívida pública nos anos subsequentes. Se é verdade que os 3,9 mil milhões de euros estão contabilizados no Orçamento de Estado para 2014 [1,5 mil milhões a título de dotação inicial para empréstimo a médio e longo prazo ao Fundo de Resolução e 2,4 mil milhões a título de dotação adicional proveniente da rubrica «depósitos cativos para reforço da estabilidade financeira»], também é verdade que a sua mobilização se repercutirá em

8,2% através de recursos próprios⁴⁷; 12,2% através empréstimos bancários⁴⁸.

encargos públicos acrescidos nos anos subsequentes. *Grosso modo*, em Agosto de 2014, o Governo mobilizou 3,9 mil milhões dos 6,4 mil milhões remanescentes do total de 12 mil milhões de euros da linha de *BSSF* — *Bank Solvency Support Facility*, estabelecida no *Memorando de Entendimento* de Maio de 2011, o que reduziu significativamente a «almofada de liquidez» à disposição do Estado.

⁴⁷ A *Acta da reunião extraordinária da Comissão Directiva do Fundo de Resolução*, de 3 de Agosto de 2014, revela que “os recursos próprios do Fundo de Resolução actualmente disponíveis são no montante de 377,4 milhões de euros e que o montante determinado pelo Banco de Portugal para efeitos da prestação de apoio financeiro à aplicação da medida de resolução é de 4,9 mil milhões de euros” — cfr. COMISSÃO DIRECTIVA (2014a, p. 2) —, ou seja, os fundos próprios cobririam apenas 7,7% do custo da criação do «banco de transição».

Mas, a mesma *Acta* acrescenta que “A Comissão Directiva deliberou ainda solicitar ao Estado a entrega das receitas da contribuição sobre o sector bancário, relativas aos anos de 2013 e de 2014, as quais constituem recursos do Fundo de Resolução nos termos do disposto no artigo 153.º-F, n.º 1, alínea a) do RGICSF” — cfr. COMISSÃO DIRECTIVA (2014a, p. 3) — o que reitera a permanência da situação descrita no *Relatório e Contas* de 2013 — cfr. *supra* nota 33.

Por sua vez, o texto da *Deliberação da Comissão Directiva do Fundo de Resolução*, de 6 de Agosto de 2014, atesta que “Na sequência do pedido submetido ao Ministério das Finanças, por carta datada de 3 de Agosto de 2014, foi transferido para a conta de depósito detida pelo Fundo de Resolução junto do Banco de Portugal o montante de 4 535 milhões de euros, ao qual acresceu ainda o pagamento da verba relativa às receitas das contribuições sobre o sector bancário referentes a 2013 e a 2014” [cfr. COMISSÃO DIRECTIVA (2014b, p. 1)].

A mesma *Deliberação* acrescenta: “a Comissão Directiva delibera que o pedido de financiamento remetido ao Ministério das Finanças por carta de 3 de Agosto de 2014 deverá ser revisto e que, em consequência, seja solicitado ao Ministério das Finanças: a) Um empréstimo do Estado no montante de 3 900 milhões, em condições a propor pelo Ministério das Finanças; b) Que àquele montante seja acrescida a verba de 635 milhões de euros, a título de adiantamento do empréstimo que se perspectiva vir

Esta repartição demonstra a dependência da adopção da medida de resolução em relação aos dinheiros públicos, o que põe em causa o objectivo originário de internalização dos custos.

a ser obtido junto de um conjunto de instituições participantes no Fundo de Resolução” [cfr. COMISSÃO DIRECTIVA (2014b, p. 1)].

Ou seja, já após a transferência de 4 535 milhões de euros do Ministério das Finanças para a conta do Fundo de Resolução, a Comissão Directiva reajusta o montante total do apoio requerido (4 535 milhões de euros) e clarifica a sua composição (3 900 milhões de euros a título de empréstimo do Estado ao Fundo de Resolução e 635 milhões a título de adiantamento por conta *do empréstimo que se perspectiva vir a ser obtido junto de um conjunto de instituições participantes no Fundo de Resolução*).

Assim, num primeiro momento, o crédito do Ministério das Finanças (empréstimo mais adiantamento) ascendeu a 4 535 milhões de euros, o que corresponde a 92,55% dos 4 900 milhões de euros necessários para o financiamento do capital social do «banco de transição».

⁴⁸ As dúvidas acerca da relevância do empréstimo de 3,9 mil milhões de euros do Estado ao Fundo de Resolução para efeitos de défice orçamental não se levantam no que concerne ao empréstimo de 0,6 mil milhões de euros do sistema bancário ao Fundo de Resolução.

Aliás, o *Relatório da proposta da segunda alteração ao Orçamento do Estado para 2014* esclarece: “no âmbito da aplicação da medida de resolução do Banco Espírito Santo, S.A., releva o impacto do empréstimo de 0,6 mil milhões de euros do sistema bancário ao Fundo de Resolução. Com efeito, [...] a operação resulta num aumento do *stock* de dívida pública na medida em que uma entidade dentro do perímetro das Administrações Públicas (o Fundo de Resolução) assume dívida a entidades fora do perímetro (os bancos que efectuam o empréstimo)” [cfr. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2014a, p. 27)].

Mas, além do impacto no *stock* da dívida, há que sublinhar ainda os efeitos dos juros sobre o saldo orçamental porque, como denota o citado *Relatório*, “os juros a pagar por este empréstimo têm impacto no saldo orçamental na medida em que representam uma despesa de uma entidade dentro do perímetro das AP” [cfr. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2014a, p. 26)].

O êxito do modelo de resolução idealizado pelo *Memo-rando de Entendimento de 2011* depende da existência de um Fundo de Resolução suficientemente capitalizado. Porém, a dimensão de uma crise bancária como a do BES exige a mobilização de recursos financeiros excepcionais, que podem não ser suportáveis numa óptica de mutualização. Com efeito, a exigência acrescida de contribuições especiais às instituições participantes pode colocar em causa a sua solvabilidade e desencadear uma crise bancária, agravando o risco sistémico que a medida de resolução pretendia atenuar.

Aliás, o art. 153.º-I, n.º 2, do RGICSF estipula que

“uma instituição participante pode não ser obrigada a efectuar contribuições especiais, com fundamento na sua situação de solvabilidade” e o art. 19.º, n.º 1, do DL n.º 24/2013, de 19 de Fevereiro, densifica este princípio, estabelecendo que a incapacidade de suportar a contribuição especial se afere pela apresentação de “níveis de fundos próprios que se tornem insuficientes para dar cumprimento às normas aplicáveis em matéria de requisitos de adequação de fundos próprios”.

O n.º 2 do citado art. 19.º reforça a protecção das instituições incapazes de suportarem as contribuições especiais, ao determinar que o Banco de Portugal só lhes poderá exigir essas contribuições após a recuperação da solvabilidade, num prazo máximo de dois anos a contar da publicação da Portaria do Ministro das Finanças que as determinou.

No caso específico do BES, o reembolso do empréstimo de 3,9 mil milhões ao estado dependerá do êxito da alienação do património do Novo Banco, realizada nos termos do art. 145.º-I do RGICSF. Aliás, o n.º 3 do mesmo artigo determina que

“O produto da alienação deve ser prioritariamente afecto, em termos proporcionais, à devolução: a) Ao Fundo de Resolução, de todos os montantes disponibilizados nos termos do n.º 6 do

artigo 145.º-H; b) Ao Fundo de Garantia de Depósitos ou ao Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo, de todos os montantes disponibilizados nos termos do n.º 7 do artigo 145.º-H”.

Uma vez que, no caso em apreço, não foram mobilizados montantes ao abrigo da alínea b), o produto da alienação será prioritariamente afecto ao reembolso dos empréstimos ao estado (3,9 mil milhões) e às restantes instituições de crédito (0,6 mil milhões), o que perfaz 4,5 mil milhões de euros.

Na eventualidade de o produto da venda do Novo Banco ser inferior a 4,5 mil milhões de euros, o reembolso do empréstimo de 3,9 mil milhões ao estado fica dependente de as «instituições participantes» serem chamadas a suportar a diferença e a quinhonar nas perdas.

Apesar de a *Proposta de Orçamento de Estado para 2015* prever o aumento do limite máximo da taxa da contribuição extraordinária sobre o sector bancário de 0,07% para 0,085%, o montante total que se calcula arrecadar ascende apenas a 170 milhões de euros ⁴⁹.

Grosso modo, em 2015, se não houver contribuições especiais, se as contribuições iniciais e as contribuições periódicas equivalerem às do penúltimo ano (13,6 milhões e 41,5 milhões) e se a contribuição extraordinária sobre o sector bancário corresponder à projecção (170 milhões), os recursos próprios do Fundo de Resolução aumentam 225,1 milhões de euros, o que representa 5% dos 4,5 mil milhões de euros de empréstimos contraídos com a resolução do BES ⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2014b, p. 134).

⁵⁰ Sublinhe-se que a *Proposta de Orçamento de Estado para 2015* não prevê qualquer dotação destinada à «Iniciativa para o Reforço da Estabilidade Financeira», nem qualquer empréstimo para o Fundo de Resolução — cfr. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2014b, p. 134 e p. 137) e CONSELHO DAS FINANÇAS PÚBLICAS (2014, p. 22).

No cenário limite de o «banco de transição» não ser vendido, de os fundos próprios aumentarem ao ritmo constante de 225,1 milhões por ano e de as condições contratuais dos empréstimos se manterem inalteradas, serão necessários 17,3 anos para que o Fundo de Resolução amortize o empréstimo ao estado e 19,9 anos para que amortize os empréstimos ao estado e às instituições participantes, sem entrar em linha de conta com o serviço da dívida relativo a juros.

Em suma, mais do que a arquitectura do modelo, a capacidade de internalização dos custos de uma operação de resolução depende do nível de capitalização do respectivo Fundo. A premência da questão também se coloca à luz do *Acordo intergovernamental sobre a transferência e mutualização das contribuições para o Fundo Único de Resolução*, assinado em 14 de Maio de 2014, por representantes de 26 dos 28 Estados-membros, com excepção do Reino Unido e da Suécia⁵¹.

O art. 1.º, n.º 1, alínea a), do *Acordo Intergovernamental* estabelece a obrigação de os Estados-membros transferirem para o Fundo Único de Resolução as contribuições cobradas internamente, nos termos da Directiva 2014/59/UE, de 15 de Maio, e do Regulamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de Julho. Porém, a alínea b) do mesmo artigo admite que o «nível alvo», fixado no art. 69.º do Regulamento (UE) n.º 806/2014, seja atingido no prazo máximo de 8 anos, a contar de 1 de Janeiro de 2016, ou seja, até 1 de Janeiro de 2024.

Ora o citado art. 69.º estabelece que “os meios financeiros disponíveis do Fundo devem atingir pelo menos 1% do montante dos depósitos cobertos de todas as instituições de crédito autorizadas de todos os Estados-Membros participantes”, o que corresponderia a 55 mil milhões de euros⁵².

⁵¹ Cfr. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA (2014).

⁵² Cfr. EUROPEAN COMMISSION (2014, p. 3).

A experiência portuguesa de resolução do BES revela o risco da entrada em funcionamento de um Fundo descapitalizado, o que desaconselha a dilação estabelecida até 1 de Janeiro de 2024, e põe em evidência que o «nível-alvo» europeu de 55 mil milhões de euros é insuficiente à escala dos Estados-membros participantes no Mecanismo Único de Resolução.

Referências

- CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2011a): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*, Lisboa, 17 de Maio de 2011, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf>].
- (2011b): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Anexo I: Portugal — Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*, Lisboa, 17 de Maio de 2011, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/371357/mpef_pt_20110517.pdf>].
- CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2011c): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Anexo II: Portugal — Memorando de Entendimento Técnico*, Lisboa, 17 de Maio de 2011, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/371363/met_pt_20110517.pdf>].
- (2011d): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Primeira Actualização*, Lisboa, 1 de Setembro de 2011, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/1160817/1R_MoU_PT_20110901.pdf>].
- (2011e): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Segunda Actualização*, Lisboa, 9 de Dezembro de 2011, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/459270/mou_pt_20111209.pdf>].
- (2012a): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Quarta Actualização*, Lisboa, 27 de Junho de 2012, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/680283/4r_mou_pt_20120627.pdf>].
- (2012b): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Quarta Actualização. Anexo II: Portugal — Memo-*

- rando de Políticas Económicas e Financeiras*, Lisboa, 27 de Junho de 2012, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/680280/4r_mefp_pt_20120627.pdf>].
- CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2012c): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Quinta Actualização*, Lisboa, 14 de Outubro de 2012, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/812310/5r_mou_pt_20121014.pdf>].
- (2012d): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Sexta Actualização*, Lisboa, 20 de Dezembro de 2012, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/890991/6R_MoU_PT_20121219.pdf>].
- (2012e): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Terceira Actualização*, Lisboa, 15 de Março de 2012, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/584941/3r_mou_pt_20120315.pdf>].
- (2013a): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Oitava Actualização*, Lisboa, 21 de Outubro de 2013, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/1342376/8R_MoU_VPT.pdf>].
- (2013b): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Oitava Atualização. Anexo I: Portugal — Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*, Lisboa, 24 de Outubro de 2013, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/1342370/8R_MEFP_%20V%20PT.pdf>].
- CE/BCE/FMI/PORTUGAL (2013c): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Sétima Actualização*, Lisboa, 25 de Junho de 2013, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/1177370/7R_MoU_PT_20130625.pdf>].
- (2013d): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Sétima Actualização. Anexo I: Portugal — Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*, Lisboa, 12 de Junho de 2013, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/1177367/7R_MEFP_PT_20130612.pdf>].
- (2014a): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Décima Actualização*, Lisboa, 28 de Fevereiro de 2014, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/1476937/11R_MoU_PT.pdf>].

- CE/BCE/FMI/PORTUGAL ((2014b): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Décima Atualização. Anexo I: Portugal — Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*, Lisboa, 28 de Março de 2014, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/1476934/11R_MEFP_PT.pdf>].
- (2014c): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Nona Atualização*, Lisboa, 7 de Fevereiro de 2014, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/1367734/10R_MoU_PT_%20Final.pdf>].
- (2014d): *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Nona Atualização. Anexo I: Portugal — Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*, Lisboa, 27 de Janeiro de 2014, Governo Português [formato electrónico disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/1394871/10R_MEFP_PT_20140418.pdf>].
- COMISSÃO DIRECTIVA (2014a): “Acta da reunião extraordinária da Comissão Directiva do Fundo de Resolução, de 3 de Agosto de 2014”, 3 de Agosto, Lisboa, Fundo de Resolução [formato electrónico disponível em <http://www.fundoderesolucao.pt/pt-PT/Comunicados/Documents/2014_08_03_Reunião%20n.º2027_Extraordinária_21_30Horas.pdf>].
- (2014b): “Deliberação da Comissão Directiva do Fundo de Resolução, de 6 de Agosto de 2014”, 21 de Agosto de 2014, Lisboa, Fundo de Resolução [formato electrónico disponível em <http://www.fundoderesolucao.pt/pt-PT/Comunicados/Documents/2014_08_06_%20Deliberação%20aprovada%20por%20proc_escrito.pdf>].
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA (2014): “Acordo relativo à transferência e mutualização das contribuições para o Fundo Único de Resolução”, *Actos legislativos e outros instrumentos*, n.º 8457/14, 14 de Maio, Bruxelas [formato electrónico disponível em <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8457-2014-INIT/pt/pdf>>].
- CONSELHO DAS FINANÇAS PÚBLICAS (2014): “Análise da proposta de Orçamento do Estado para 2015”, *Relatório n.º 6/2014*, Novembro, Lisboa, Conselho das Finanças Públicas [formato electrónico disponível em <<http://www.cfp.pt/wp-content/uploads/2014/11/CFP-Relatorio-OE-2015.pdf>>].
- EUROPEAN COMMISSION (2011): “Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution”, *Working document of the services of DG Internal Market and Services for discussion and consultation purposes*, 6 de Janeiro de 2011, Bruxelas, 105 pp. [formato electrónico]

nico disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/crisis_management/consultation_paper_en.pdf>].

EUROPEAN COMMISSION (2014): “Finalising the Banking Union: European Parliament backs Commission’s proposals (Single Resolution Mechanism, Bank Recovery and Resolution Directive, and Deposit Guarantee Schemes Directive)”, *Statement/14/119*, 15 de Abril, Bruxelas, Spokesperson’s Service [formato electrónico disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-119_en.htm?locale=EN>].

FINANCIAL STABILITY BOARD (2011): “Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions”, Outubro, Basileia [formato electrónico disponível em <http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf>].

FUNDO DE RESOLUÇÃO (2013): *Relatório e Contas 2012*, Lisboa, Banco de Portugal [formato electrónico disponível em <<http://www.fundode-resolucao.pt/pt-PT/RelatorioeContas/Documents/Rel2012.pdf>>].

—— (2014): *Relatório e Contas 2013*, Lisboa, Banco de Portugal [formato electrónico disponível em <<http://www.fundoderesolucao.pt/pt-PT/RelatorioeContas/Documents/Rel2013.pdf>>].

GOVERNO DE PORTUGAL (2014a): *Carta de Intenções dirigida a Christine Lagarde, com cópia enviada a Jeroen Dijsselbloem, a Olli Rehn e a Mario Draghi*, Lisboa, 26 de Maio de 2014, Governo Português [formato electrónico disponível em <<http://www.portugal.gov.pt/media/1456970/Lol%2012R%20v%20port.pdf>>].

—— (2014b): *Carta dirigida à Directora-Geral do FMI, ao Presidente da Comissão Europeia e ao Presidente do BCE*, Lisboa, 12 de Junho de 2014, Governo Português [formato electrónico disponível em <<http://www.portugal.gov.pt/media/1457414/Letter%20To%20EC%20ECB%20IMF%2012%2006%202014%20P.pdf>>].

MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2014a): *Relatório da proposta da segunda alteração ao Orçamento do Estado para 2014*, Lisboa [formato electrónico disponível em <<http://www.dgo.pt/politicaorcamental/Paginas/OEpagina.aspx?Ano=2014&TipoOE=Alterar%u00e7%u00e3o+ao+Or%u00e7amento+do+Estado&TipoDocumentos=Lei+%2f+Mapas+Lei+%2f+Relat%u00f3rio>>].

—— (2014b): *Relatório da proposta de lei do Orçamento do Estado para 2015*, Lisboa [formato electrónico disponível em <<http://www.dgo.pt/politicaorcamental/Paginas/OEpagina.aspx?Ano=2015&TipoOE=Proposta+de+Or%u00e7amento+do+Estado&TipoDocumentos=Lei+%2f+Mapas+Lei+%2f+Relat%u00f3rio>>].

- QUELHAS, José Manuel (1996): *Sobre a evolução recente do sistema financeiro (Novos «produtos financeiros»*), Coimbra, Separata do Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, distribuição da Livraria Almedina.
- (2012a): “Dos objectivos da União Bancária”, em *Boletim de Ciências Económicas*, vol. LV, 2012, pp. 235-298.
- (2012b): “Sobre a criação do Comité Europeu de Risco Sistémico”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal Almeida*, org. por AVELÂS NUNES, António José, CUNHA, Luís Pedro e MARTINS, Maria Inês de Oliveira, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 107, Ad Honorem, 7, Coimbra Editora, pp. 877-899.
- (2012c): *Sobre as crises financeiras, o risco sistémico e a incerteza sistémica*, Coimbra, Almedina.
- (2013a): “Nótulas sobre a reforma do sector bancário da União Europeia após a crise financeira de 2007”, em *Boletim de Ciências Económicas*, vol. LVI, 2013, pp. 473-549.
- (2013b): “*Quem é que a austeridade cura? Quem é que a austeridade mata?* — Releitura dos *memoranda* entre a troika e os PIGS”, em *A austeridade cura? A austeridade mata?*, org. por FERREIRA, EDUARDO PAZ, Lisboa, Lisboa Law School Editions, AAFDL, pp. 845-868.
- UNIDADE TÉCNICA DE APOIO ORÇAMENTAL (2014a): “Análise à proposta do Orçamento do Estado para 2015”, *Parecer Técnico n.º 4/2014 [versão final]*, 29.10.2014, Lisboa, Assembleia da República, 147 pp.
- (2014b): “Análise da 2.ª alteração ao Orçamento do Estado para 2014”, *Parecer Técnico n.º 3/2014*, 08.09.2014, Lisboa, Assembleia da República, 98 pp.

Resumo: O trabalho percorre o caminho legislativo conducente à criação do mecanismo de resolução bancária português, desde o *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*, de Maio de 2011, até às alterações ao *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*, de Agosto de 2014, destacando-se o carácter precursor do DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro.

Em Agosto de 2014, as vicissitudes em torno da resolução do Banco Espírito Santo, S.A., puseram à prova as especificidades do regime de resolução português, que antecipou algumas das exigências consagradas pela Directiva 2014/59/UE, de 15 de Maio, e pelo Regulamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de Julho.

Neste contexto, a resolução do Banco Espírito Santo, S.A. poder-se-á tornar um *study case*, que ponha em evidência o pioneirismo ou o experimentalismo da solução adoptada em Portugal.

Palavras-chave: Memorando de Entendimento sobre as Condições de Política Económica; Mecanismo de resolução bancária português; Fundo de Resolução; Mecanismo único de resolução; Resolução do Banco Espírito Santo, S.A.

Specificities and vicissitudes of the bank resolution mechanism in Portugal: since the Memorandum of understanding of 2011 to the Directive 2014/59/EU and the Regulation (EU) No 806/2014

Abstract: The paper goes through the legislative path leading to the creation of the Portuguese bank resolution mechanism, since the *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality* of May 2011, until the amendments to the *Legal Framework for Credit Institutions and Financial Companies* of August 2014, highlighting the precursory nature of Decree Law No 31-A/2012 of 10th February.

In August 2014, the vicissitudes around the resolution of Banco Espírito Santo S.A. have put to the test the specificities of the Portuguese bank resolution regime, which anticipated some of the demands established by the Directive 2014/59/EU of 15 May 2014 and by the Regulation (EU) No 806/2014 of 15 July 2014.

In this context, the resolution of Banco Espírito Santo S.A. may become a study case, which will point out whether the Portuguese solution has been pioneer or has been out in place merely for experimental effects.

Keywords: Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality; Portuguese banking resolution mechanism; Single Resolution Mechanism; Resolution of Banco Espírito Santo S.A.

José Manuel Quelhas

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra