

*Mafalda Miranda Barbosa*¹

RESUMO

A eficácia da medida de resolução fica dependente da capacidade que a entidade responsável pela sua aplicação tenha de poder conformar livremente o seu conteúdo. Simplesmente, essa liberdade não é absoluta. Nas páginas que se seguem, procuramos analisar alguns dos limites com que se confronta a aplicação de uma medida de resolução. Para tanto, depois de fazermos um breve périplo pelas várias medidas de intervenção e saneamento das instituições financeiras – intervenção corretiva, administração provisória e resolução – e de caracterizarmos as diversas medidas de resolução previstas pelo legislador – alienação total ou parcial da atividade; transferência da atividade para um banco de transição; segregação de ativos; recapitalização interna –, de modo a descobrirmos o sentido e a intencionalidade das medidas de resolução, e assim podermos encontrarmos os limites a que nos referimos: limites quanto à adoção da medida de resolução; limites quanto à conformação da medida de resolução. Quanto a estas, avulta com especial importância a consideração da hierarquia de credores e do princípio da igualdade; do montante global da transmissão; das determinações legais de intransmissibilidade de certos créditos; a necessidade de respeitar o sinalagma e a acessoriedade; a necessidade de respeitar a natureza do crédito. Conclui-se, por isso, sobretudo no tocante à transferência de parte dos ativos e passivo para uma instituição de transição, que, sendo embora fundamental que a autoridade com poderes de resolução possa selecionar com base da determinação do valor do passivo e do ativo os créditos e obrigações a transferir, se deve respeitar não só a teleologia do regime da resolução, como também os princípios normativos e a conformação das relações privadas que, antes da intervenção, se estabeleceram entre o banco e os diversos sujeitos que com ele interagem.

¹ Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutorada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *Curriculum*: <https://www.cienciavitaet.pt/C313-72CA-DFB7>

As medidas de resolução: conformação, limites e tutela dos credores¹

1. As medidas de resolução: sentido e conformação

A falência de uma instituição financeira acarreta graves inconvenientes que ultrapassam o quadro das relações creditícias tituladas pelo banco e pelos seus clientes. Os riscos sistémicos que se enfrentam diante de uma situação como essa impõem, por isso, especiais cautelas por parte do legislador nacional e comunitário que sente necessidade de intervir no setor². Ao nível europeu, são diversos os passos que têm sido dados no sentido de garantir a incolumidade do mercado. O Regulamento (UE) n.º 1092/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, cria o Comité Europeu de Risco Sistémico, tendo em vista a edificação de uma supervisão macroprudencial do sistema financeiro dos Estados-membros que integram a União Europeia³. Por seu turno, o Regulamento (EU) n.º 1093/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, cria a Autoridade Bancária Europeia⁴, enquanto se desenvolve o Mecanismo Único de Resolução, assente no Conselho Único de Resolução⁵. Neste quadro, surge com particular

¹ O texto corresponde, com alguns desenvolvimentos, à conferência proferida no Tribunal de Contas em 27 de março de 2019, estando condicionado temporalmente por esse momento.

² Cf. Tiago Sousa e COSTA, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária – Considerações a Propósito do Mecanismo de Resolução*, Coimbra, 2015; José Manuel QUELHAS, *Sobre as Crises Financeiras, o Risco Sistémico e a Incerteza Sistemática*, Coimbra, Almedina, 2013.

³ Sobre o ponto, cf. Tiago Sousa e COSTA, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária*, 20.

⁴ Sofia Tibhaut TROCADO, «A Nova Estrutura de Supervisão Bancária em Especial a Autoridade Bancária Europeia», *O Novo Direito Bancário* (Paulo Câmara, Manuel Magalhães), Coimbra, Almedina, 2012, 74.

⁵ Sobre o ponto, cf. Tiago Sousa e COSTA, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária*, 41 s., explicando que o Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014, prevê a criação do Mecanismo Único de Resolução, que será integrado pelo Conselho Único de Resolução, enquanto entidade autónoma e independente com orçamento autónomo, financiado pelas receitas dos Estados-membros participantes e pelo Fundo Único de Resolução. Mais refere o autor que no Conselho Único de Resolução «estariam representados, através da designação de membros, o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e os representantes das entidades de supervisão de carácter estadual, que participariam de acordo com um princípio de oportunidade casuística, uma vez que só seriam chamadas a intervir as autoridades de supervisão do Estado-membro onde o banco intervencionado teria a sua sede. Nesta senda, a proposta contempla apenas a deslocação do centro decisório, no que tange à aplicação de uma medida de resolução a uma instituição financeira, estando as suas implementação, execução e monitorização a cargo das entidades de supervisão de cada Estado-membro, que seriam simultaneamente supervisionadas pelo Conselho Único de Resolução. Por outro lado, do mesmo modo que foi proposta a criação de um Mecanismo Único de Resolução, esta surgiria acompanhada por um Fundo de Resolução Comum, cujo financiamento seria assegurado em parte por contribuições de todo o sistema financeiro, que substituiria os fundos de resolução de cada Estado-membro [...]. Não se extinguem as entidades estaduais estabelecidas como autoridades de resolução – uma vez que o Mecanismo Único de Resolução terá como participantes membros do Conselho Único de Resolução, do Conselho, da Comissão Europeia e das autoridades dos Estados participantes. No entanto, no que tange à decisão de aplicação de uma medida de resolução, o Conselho Único de Resolução substitui-se às autoridades nacionais com atribuições nessa matéria».

importância a Diretiva 2010/78/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010 (*Diretiva Omnibus I*), no que se refere às competências da Autoridade Bancária Europeia, da Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma e da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados; e a Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento.

Com fundamento prático-normativo e com o impulso do legislador comunitário, atenta a necessidade de transpor as referidas diretivas, foram introduzidas inúmeras modificações ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), com vista a fazer face a uma eventual falência de um banco. Algumas das medidas tinham sido antecipadas pelo legislador pátrio, por via da reforma introduzida pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro de 2012. Contudo, as medidas de intervenção e saneamento das instituições financeiras conhecem hoje um traçado completamente diferente, o que justifica umas breves palavras acerca dos seus contornos.

1.1. Intervenção corretiva, administração provisória e resolução

Nos termos do artigo 139.º RGICSF, o Banco de Portugal pode, tendo em vista a salvaguarda da solidez financeira de uma instituição de crédito, os interesses dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro, adotar uma de três magnas medidas previstas no diploma: a intervenção corretiva, a administração provisória ou uma medida de resolução. Entre elas, e de acordo com o artigo 140.º do mesmo diploma, o Banco de Portugal não fica vinculado a uma relação de precedência, podendo optar por uma das medidas em detrimento da outra ou, mesmo, combiná-las entre si. Nas palavras de Menezes Cordeiro, somos apontados para um sistema móvel⁶, no qual o regulador se move em obediência aos princípios da adequação e da proporcionalidade, tendo em conta o risco ou o grau de incumprimento, por parte da instituição de crédito, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como a gravidade das respetivas consequências na solidez financeira da instituição em causa, nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro. Não obstante, importa não esquecer duas notas de inestimável importância: em primeiro lugar, a aplicação de uma qualquer medida fica sempre dependente da verificação dos respetivos pressupostos; em

⁶ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 5.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2014, 1125. A este propósito Mariana Duarte SILVA, «Os Novos Regimes de Intervenção e Liquidação Aplicáveis às Instituições de Crédito», *O Novo Direito Bancário* (Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2012, 378, fala da natureza de poderes-deveres relativamente aos poderes do Banco de Portugal.

segundo lugar, atenta a gravidade de uma medida como a medida de resolução, poderemos aventar uma possível natureza de última *ratio* da mesma⁷.

1.2. A intervenção corretiva e a administração provisória

A intervenção corretiva tem lugar sempre que uma instituição de crédito não cumpra ou esteja em risco de não cumprir normas legais ou regulamentares que disciplinem a sua atividade. Não existe uma medida de intervenção corretiva, mas variadíssimas e com âmbitos diversificados, conforme resulta do artigo 141.º RGICSF. Nos termos do artigo 144.º RSICSF, se a ou as medidas de intervenção não se mostrarem aptas a recuperar o banco, o Banco de Portugal pode nomear uma administração provisória, aplicar uma medida de resolução ou revogar a autorização para o exercício da atividade, seguindo-se a liquidação da instituição de crédito.

Quando a intervenção corretiva se mostre insuficiente ou exista o justo receio da sua insuficiência para ultrapassar a situação de deterioração significativa da instituição e a respetiva recuperação financeira, pode haver lugar à destituição ou à suspensão dos membros do órgão de administração. Mas ela pode, ainda e nos termos do artigo 145.º RGICSF, ter lugar quando se detete uma violação grave ou reiterada de normas legais ou regulamentares que disciplinem a atividade da instituição de crédito, bem como das respetivas normas estatutárias, quando se verifiquem motivos atendíveis para suspeitar da existência de graves irregularidades na gestão da instituição de crédito, quando se verifiquem motivos atendíveis para suspeitar da incapacidade dos acionistas, dos membros do órgão de administração da instituição de crédito para assegurarem uma gestão sã e prudente ou para recuperarem financeiramente a instituição, quando haja motivos atendíveis para suspeitar da existência de outras irregularidades que coloquem em sério risco os interesses dos depositantes e dos credores, e estas situações sejam suscetíveis de colocar em sério risco o equilíbrio financeiro ou a solvabilidade da instituição ou de constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema financeiro. Se a suspensão ou destituição dos órgãos da administração não for suficiente para fazer face às situações que estiveram na sua origem, pode o Banco de Portugal designar administradores provisórios, nos termos do artigo 145.º-A RGICSF.

Qualquer uma destas medidas pode ser gravosa. De acordo com o ensinamento de Menezes Cordeiro, por exemplo no tocante à medida de suspensão ou substituição de um ou mais membros dos órgãos de administração ou de fiscalização, nos termos do artigo 141.º/1 s) RGICSF⁸, «ela atinge

⁷ Cf. Tiago Sousa e COSTA, *Da Nova Architectura Europeia da Supervisão Bancária*, 25; Mariana Duarte SILVA, «Os novos regimes de intervenção...», 405 s.

⁸ Para uma compatibilização desta medida com a medida de administração provisória, cf. Tiago Sousa e COSTA, *Da Nova Architectura Europeia da Supervisão Bancária*, 30.

o direito de propriedade – *lato sensu* – previsto e garantido pela Constituição; enfraquece, num momento delicado, a imagem da instituição onde se intervenha; traduz-se, em regra, por uma quebra imediata interna: os administradores ou os fiscalizadores indicados pelo BP não conhecem os *dossiers* e, por bem preparados que estejam, ficam, num primeiro momento, nas mãos dos quadros da instituição em causa». Importa não esquecer, contudo, que, de todas, a medida de resolução é aquela que assume um pendor mais severo, o que, pese embora a aludida ausência de precedência, não pode deixar, como referido, de ser tido em conta.

1.3. As medidas de resolução

Tal como não existe apenas uma medida de intervenção corretiva, não existe apenas uma medida de resolução, mas várias. O artigo 145.º-E RGICSF oferece-nos, no seu n.º 1, um elenco de quatro possíveis medidas de resolução: a) alienação parcial ou total da atividade; b) transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição; c) segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos; d) recapitalização interna.

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

Por outro lado, elas ficam dependentes do preenchimento de diversos pressupostos, nomeadamente que: a) tenha sido declarado pelo Banco de Portugal, no exercício das suas funções de autoridade de supervisão ou de resolução, que uma instituição de crédito está em risco ou em situação de insolvência; b) não seja previsível que a situação de insolvência seja evitada num prazo razoável através do recurso a medidas executadas pela própria instituição de crédito, da aplicação de medidas de intervenção corretiva ou do exercício dos poderes previstos no artigo 145.º-I; c) as medidas de resolução sejam necessárias e proporcionais à prossecução de alguma das finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C; e d) a entrada em liquidação da instituição de crédito, por força da revogação da autorização para o exercício da sua atividade, não permita atingir com maior eficácia

as finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C. O risco ou a situação de insolvência verifica-se, nos termos do artigo 145.º-E/3, quando: a) a instituição de crédito deixar de cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade ou existirem fundadas razões para considerar que, a curto prazo, a instituição deixa de os cumprir, possibilitando a revogação da autorização, nomeadamente porque apresentou ou provavelmente apresentará prejuízos suscetíveis de absorver, totalmente, os seus fundos próprios ou uma parte significativa dos mesmos; b) os ativos da instituição de crédito forem inferiores aos seus passivos ou existirem fundadas razões para considerar que o serão a curto prazo; c) a instituição de crédito estiver impossibilitada de cumprir as suas obrigações ou houver fundadas razões para considerar que a curto prazo o possa ficar; d) seja necessária a concessão de apoio financeiro público extraordinário, exceto quando esse apoio, destinado a prevenir ou conter uma perturbação grave da economia e preservar a estabilidade financeira, consista em: i) concessão pelo Estado de garantias pessoais ao cumprimento das obrigações assumidas em contratos de financiamento, incluindo em operações de crédito junto do Banco de Portugal e em novas emissões de obrigações; ii) realização de operações de capitalização com recurso ao investimento público, desde que não se verifique, no momento em que o apoio financeiro público extraordinário é concedido, alguma das circunstâncias referidas nas alíneas a) a c) ou no n.º 2 do artigo 145.º-I.

Quando o Banco de Portugal ordenar a aplicação de uma medida de resolução, os membros do órgão de administração e de fiscalização da instituição de crédito objeto de resolução e o seu revisor oficial de contas ou a sociedade a quem compita emitir a certificação legal de contas que não integre o respetivo órgão de fiscalização cessam as suas funções, salvo nos casos em que a sua manutenção total ou parcial, consoante as circunstâncias, seja considerada necessária para atingir as finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C. Assim sendo, o Banco de Portugal designa para a instituição de crédito objeto de resolução novos membros do órgão de administração, nos termos do disposto no artigo seguinte, uma comissão de fiscalização ou fiscal único, que se rege, com as necessárias adaptações, pelo disposto no artigo 143.º, e um revisor oficial de contas ou sociedade de revisores oficiais de contas para exercer tais funções.

Nos termos do artigo 145.º-H RGICSF, antes da aplicação de uma medida de resolução ou do exercício dos poderes previstos no artigo 145.º-I, o Banco de Portugal designa uma entidade independente, a expensas da instituição de crédito objeto de resolução, para, em prazo a fixar por aquele, avaliar de forma justa, prudente e realista os ativos, passivos e elementos extrapatrimoniais da instituição em causa. Tal avaliação visa assegurar que todos os prejuízos da instituição em causa sejam conhecidos quando sejam aplicadas medidas de resolução e, deste modo, fundamentar a decisão

do Banco de Portugal quanto à verificação das condições de aplicação das medidas de resolução. Ao mesmo tempo, ela é fundamental para qual das medidas de resolução é adequada à concreta instituição de crédito e à situação por ela vivenciada, bem como para determinar os direitos e obrigações, que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, a transferir no âmbito da aplicação de medidas de resolução e o valor da eventual contrapartida a pagar à instituição de crédito objeto de resolução ou aos acionistas e titulares de outros títulos representativos do capital social, nos termos do n.º 2 artigo 145.º-H RGICSF.

A par desta avaliação, o Banco de Portugal determina, imediatamente após a produção de efeitos da medida de resolução, que uma entidade independente por si designada, a expensas da instituição de crédito objeto de resolução, avalie se, caso não tivesse sido aplicada a medida de resolução e a instituição de crédito objeto de resolução entrasse em liquidação no momento em que aquela foi aplicada, os acionistas e os credores da instituição de crédito objeto de resolução suportariam um prejuízo inferior ao que suportaram em consequência da aplicação da medida de resolução. Tal avaliação serve para aferir os prejuízos que acionistas e credores teriam suportado se a instituição de crédito tivesse entrado em liquidação e os prejuízos que efetivamente suportaram em consequência da aplicação da medida de resolução à instituição de crédito objeto de resolução. Apura-se, por esta via, a diferença entre os dois montantes. Para tanto, deve pressupor-se que a medida de resolução não teria sido aplicada nem produzido efeitos e que a instituição de crédito objeto de resolução entraria em liquidação no momento em que foi aplicada a medida de resolução, não se devendo ter também em conta, quando for o caso, a concessão de apoio financeiro público extraordinário à instituição de crédito objeto de resolução. Caso se apure uma diferença entre os prejuízos que suportariam e aqueles que efetivamente suportam, os acionistas e credores da instituição bancária têm direito ao pagamento do montante correspondente, por parte do Fundo de Resolução, nos termos do artigo 145.º-H/17 RGICSF. Deste modo, cumpre-se uma das orientações de base da aplicação das medidas de resolução, constante no artigo 145.º-D/1 c), que determina que nenhum acionista ou credor pode suportar um prejuízo superior ao que suportaria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação. Por aqui, podemos extrair duas conclusões de não pequena importância: em primeiro lugar, apesar de o sistema determinar que os acionistas da instituição de crédito objeto de uma medida de resolução suportam em primeiro lugar os prejuízos da instituição em causa, suportando em seguida, e em condições equitativas, de acordo com a graduação dos seus créditos, os credores da referida instituição, a intencionalidade normativa não passa por um pendor sancionatório-punitivo, impondo apenas uma repartição do risco associado a uma situação de insolvência do banco que obedece ao tipo de ligação de cada um dos sujeitos à instituição. Em segundo lugar, se o Fundo

de Resolução não apresentar liquidez suficiente para suportar o diferencial apurado, a medida de resolução que se poderia justificar pelas circunstâncias do caso e, entre outras finalidades, para conter o risco sistémico, proteger os interesses dos contribuintes e salvaguardar o erário público, não se vai mostrar apta para cumprir tal desiderato⁹.

1.3.1. A alienação total ou parcial da atividade

O Banco de Portugal pode determinar a alienação parcial ou total de direitos e obrigações de uma instituição de crédito objeto de resolução que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição, e da titularidade das ações ou outros títulos representativos do seu capital social, nos termos do artigo 145.º-M RGICSF. Para tanto, promove a transferência para um adquirente dos direitos e obrigações e da titularidade das ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, assegurando a transparência e a exatidão da informação prestada, tendo em conta as circunstâncias do caso e a necessidade de manter a estabilidade financeira, promovendo a ausência de conflitos de interesses e a celeridade, não discriminando indevidamente potenciais adquirentes e maximizando, dentro do possível, o preço de alienação dos direitos e obrigações ou das ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, nos termos do n.º 3 do referido preceito.

No processo de alienação, o Banco de Portugal pode dirigir convites aos potenciais interessados para que apresentem propostas. As propostas de aquisição dos direitos e obrigações da instituição de crédito objeto de resolução só podem ser apresentadas por instituições de crédito autorizadas a desenvolver a atividade em causa ou por entidades que tenham requerido ao Banco de Portugal autorização para o exercício dessa atividade, ficando a decisão de alienação condicionada à decisão relativa ao pedido de autorização. O adquirente é selecionado tendo em conta as finalidades da medida de resolução.

Operada a alienação, o Banco de Portugal pode alienar outros direitos e obrigações e a titularidade de outras ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução e devolver à instituição de crédito objeto de resolução direitos e obrigações que haviam sido alienados a um adquirente, mediante autorização deste, ou devolver a titularidade de ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução aos respetivos titulares, não podendo a instituição de crédito objeto de resolução ou aqueles titulares

⁹ Cf., sobre o ponto, A. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 1140, considerando que, «em face de grandes instituições ou de uma crise generalizada, haverá que intervir em larga escala. E aí, o fundo de resolução, impedido, para mais, de recorrer ao Banco Central, será provavelmente insuficiente».

opor-se a essa devolução e procedendo-se, se necessário, ao acerto da contrapartida fixada no momento da alienação. Não podem, contudo, ser alienados quaisquer direitos de crédito sobre a instituição de crédito objeto de resolução detidos por pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2% do capital social da instituição de crédito ou tenham sido membros do órgão de administração da instituição de crédito, salvo se ficar demonstrado que não estiveram, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação, de acordo com o artigo 145.º-N/4 RGICSF. Nos termos do artigo 145.º-N/5, o produto da alienação reverte para os acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, caso a alienação tenha sido efetuada através da alienação da titularidade das ações ou de títulos representativos do seu capital social, ou para a instituição de crédito objeto de resolução, caso a alienação tenha sido realizada através da alienação de parte ou da totalidade de direitos e obrigações.

A aplicação desta medida de resolução corresponde a uma cessão de direitos que opera por força da lei, considerando que a decisão que determine a alienação gera como efeito a transmissão da titularidade dos direitos e obrigações transferidos da instituição de crédito objeto de resolução para o adquirente, sendo este considerado, para todos os efeitos legais e contratuais, sucessor nos direitos e obrigações alienados¹⁰. Isso explica determinadas regras que são ditadas pelo legislador. Assim, a decisão produzirá efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo, nos termos do artigo 145.º-N/8, título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a alienação. Por outro lado, a cessão não fica dependente do consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, das partes em contratos relacionados com os direitos e obrigações a alienar nem de quaisquer terceiros, não podendo constituir fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa (artigo 145.º-N/9). Parece-nos importante que o jurista, na interpretação da última norma citada, seja particularmente cauteloso. Na verdade, cingidos ao seu teor literal – que nunca é elemento determinante da interpretação –, ficamos apenas conscientes de que a alienação determinada pelo Banco de Portugal não constitui fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa. O que não quer dizer que não se encontrem outros fundamentos para o exercício destes ou outros direitos, que seriam reconhecidos no quadro negocial, atentos a disciplina legal e os

¹⁰ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 1136.

princípios fundamentais que regem o direito contratual. De outro modo, aliás, não poderia ser. Consoante os direitos em causa e dependendo da conformação do caso *sub iudice*, poderiam ser as próprias normas constitucionais – na medida em que elevam os direitos dos consumidores a direitos fundamentais, na categoria de direitos de natureza económica e social, e na medida em que o cliente do banco pode ser configurado, em abstrato, como consumidor – a impedi-lo. Independentemente da situação consumerística que particularmente se possa detetar¹¹, sempre haverá que considerar não ser possível que um específico instrumento venha pôr em causa toda a arquitetura negocial. Na verdade, isso implicaria deitar por terra princípios normativos fundamentais, que, com a sua natureza transpositiva, sustentam materialmente, informando e enformando, todo o direito privado e a própria intencionalidade do negócio jurídico.

1.3.2. Transferência da atividade para um banco de transição

Num outro cenário, o Banco de Portugal pode determinar a transferência parcial ou total de direitos e obrigações de uma instituição de crédito que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, e a transferência da titularidade das ações ou de outros títulos representativos do seu capital social para instituições de transição para o efeito constituídas, com o objetivo de permitir a sua posterior alienação. Trata-se, agora, de outra medida de resolução, prevista no artigo 145.º-O RGICSF, a exigir a constituição de um banco de transição, uma pessoa coletiva autorizada a exercer as atividades relacionadas com os direitos e obrigações transferidos, cujo capital é detido pelo Fundo de Resolução. Também neste caso, a decisão do Banco de Portugal de transferir total ou parcialmente os direitos e obrigações de uma instituição de crédito para outra constituída para o efeito produz, *ex lege*, o efeito de transmissão da titularidade dos direitos e obrigações da primeira

¹¹ Sobre a possibilidade de o direito do consumo se aplicar no quadro de uma relação bancária, cf. Sofia Nascimento RODRIGUES, *A Protecção dos Investidores em Valores Mobiliários*, Coimbra, Almedina, 2001, 30 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 315; A. Pinto MONTEIRO, «A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor», *Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Prof. Doutor António Avelãs Nunes*, vol. LVII, tomo II, 2014, Coimbra, 2320 s. (considerando que muitas normas do direito bancário visam a proteção do consumidor em sentido próprio, enquanto outras visam «finalidades de tutela dos destinatários, sem os identificar, contudo, com os consumidores, mesmo que o legislador ou a doutrina as justifiquem com considerações gerais de proteção dos consumidores». O Autor refere, também, as regras institucionais, «uma vez que os poderes de controlo, regulação e supervisão das instituições de crédito, visando diretamente, em nome do interesse público, o funcionamento regular, estável, são e prudente do sistema bancário, visam também, ao mesmo tempo ou, pelo menos, indiretamente, a proteção dos depositantes e dos sistemas, dos “consumidores” de serviços bancários» – pág. 2321).

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

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

para a segunda. Do mesmo modo, repetem-se, neste quadro, as regras segundo as quais a decisão produzirá efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a alienação (artigo 145.º-O/7 RGICSF), e a cessão não fica dependente do consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, das partes em contratos relacionados com os direitos e obrigações a alienar nem de quaisquer terceiros, não podendo constituir fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa (artigo 145.º-O/8 RGICSF). Há, portanto, que interpretar a última disposição citada nos mesmíssimos termos que foram referidos a propósito da alienação parcial ou total dos direitos e obrigações para outra instituição. Nessa medida, e no tocante ao impedimento de invocar a alteração de condições, importa considerar que nada obsta a que o sujeito possa alegar – não por virtude da aplicação da medida de resolução, mas com outro fundamento (que pode inclusivamente passar pelos factos que determinaram a necessidade de intervenção do regulador) – a alteração superveniente das circunstâncias.

Nos termos do artigo 145.º-Q/1 RGICSF, cabe ao Banco de Portugal a seleção dos direitos, obrigações, ações e outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução a transferir para a instituição de transição no momento da sua constituição. Não poderá, no entanto, haver transmissão de quaisquer direitos de crédito sobre a instituição de crédito objeto de resolução detidos por pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2% do capital social da instituição de crédito ou tenham sido membros dos órgãos de administração da instituição de crédito, salvo se ficar demonstrado que não estiveram, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação (artigo 145.º-Q/3 RGICSF). Ademais, o Banco de Portugal pode a todo o tempo transferir direitos e obrigações da instituição de transição para um veículo de gestão de ativos constituído para o efeito, aplicando-se o disposto nos artigos 145.º-S e 145.º-T RGICSF, quando tal seja necessário para assegurar as finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C do mesmo diploma ou para facilitar a cessação da atividade da instituição de transição nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 145.º-R; transferir outros direitos e obrigações e a titularidade de ações ou de títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução para a instituição de transição; devolver à instituição de crédito objeto de resolução direitos e obrigações que haviam sido transferidos para a instituição de transição ou devolver a titularidade de ações ou de títulos

representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução aos respetivos titulares no momento da deliberação prevista no n.º 1 do artigo 145.º-P, não podendo a instituição de crédito objeto de resolução ou aqueles titulares opor-se a essa devolução, desde que estejam reunidas as condições previstas no número seguinte. Nesta seleção, o Banco de Portugal haverá de ter em conta que o valor total dos passivos e elementos extrapatrimoniais a transferir para a instituição de transição não deve exceder o valor total dos ativos transferidos da instituição de crédito objeto de resolução, acrescido, sendo caso disso, dos fundos provenientes do Fundo de Resolução, do Fundo de Garantia de Depósitos ou do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo.

1.3.3. Segregação de ativos

Nos termos do artigo 145.º-S RGICSF, o Banco de Portugal pode também determinar que a transferência de direitos e obrigações de uma instituição de crédito ou de uma instituição de transição que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição seja feita para veículos de gestão de ativos para o efeito constituídos, com o objetivo de maximizar o seu valor com vista a uma posterior alienação ou liquidação. Trata-se de uma pessoa coletiva criada para receber e administrar a parte ou a totalidade dos direitos e obrigações de instituições de crédito objeto de resolução ou de uma instituição de transição, repetindo-se nesta sede algumas das regras a que nos referimos anteriormente a propósito das outras medidas de resolução. Designadamente, também ao nível da segregação de ativos, a decisão de transferência produz efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a transferência, e não fica dependente do consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução ou da instituição de transição, das partes em contratos relacionados com os direitos e obrigações a alienar nem de quaisquer terceiros, não podendo constituir fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa. As regras de seleção dos direitos e obrigações a transmitir, constantes do artigo 145.º-T RGICSF, mostram-se, igualmente, consonantes com as suas congéneres em matéria de alienação de parte ou totalidade da atividade para uma instituição já operante e em matéria de transmissão de direitos e obrigações para uma instituição de transição.

1.3.4. Recapitalização interna

Nos termos do artigo 145.º-U RGICSF, o Banco de Portugal pode determinar a aplicação de uma medida de recapitalização interna para reforçar os fundos próprios de uma instituição de crédito na medida suficiente para lhe permitir voltar a cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade e obter financiamento de forma autónoma e em condições sustentáveis junto dos mercados financeiros, nos casos em que exista uma perspetiva razoável de que a aplicação da medida, juntamente com outras medidas relevantes, permitirá alcançar as finalidades previstas no artigo 145.º-C e restabelecer a solidez financeira e a viabilidade a longo prazo da instituição de crédito, através da redução do valor nominal dos créditos que constituam passivos da instituição de crédito objeto de resolução que sejam créditos elegíveis e do aumento do capital social por conversão dos créditos elegíveis mediante a emissão de ações ordinárias ou títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução. Os créditos elegíveis são os que não sejam instrumentos de fundos próprios e que não estejam excluídos da aplicação da medida de recapitalização interna nos termos do disposto no n.º 6. De acordo com este preceito, a medida não pode ser aplicada a depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos, dentro do limite previsto no artigo 166.º RGICSF; créditos que beneficiem de garantias reais; créditos de instituições de crédito e de empresas de investimento que exerçam as atividades previstas nas alíneas c) ou f) do n.º 1 do artigo 199.º-A RGICSF, com exceção do serviço de colocação sem garantia, com um prazo de vencimento inicial inferior a sete dias, com exceção das entidades que façam parte do mesmo grupo; créditos cujo vencimento ocorrerá em menos de sete dias, sobre sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários, aos seus operadores ou aos seus participantes, decorrentes da participação nesses sistemas; créditos de trabalhadores em relação ao vencimento, prestações de pensão ou outras remunerações fixas vencidas, com exceção da componente variável da remuneração não regulamentada por convenções coletivas de trabalho, salvo a componente variável da remuneração dos responsáveis pela assunção de riscos significativos identificados no artigo 115.º-C; créditos de prestadores de bens e serviços considerados estratégicos para o funcionamento corrente da instituição de crédito, incluindo serviços informáticos, serviços de utilidade pública e o arrendamento, reparação e manutenção de instalações; créditos por impostos do Estado e das autarquias locais que gozem de privilégio creditório; créditos do Fundo de Garantia de Depósitos relativos ao pagamento das contribuições.

O Banco de Portugal pode, ainda, nos termos do artigo 145.º-U/2 RGICSF, converter os créditos elegíveis da instituição de crédito objeto de resolução em capital social da instituição de transição mediante a emissão de ações ordinárias e reduzir o valor nominal dos créditos elegíveis da instituição

de crédito objeto de resolução a transferir para a instituição de transição ou reduzir o valor nominal dos créditos elegíveis da instituição de crédito objeto de resolução a transferir nos termos do disposto nos artigos 145.º-M e 145.º-S RGICSF.

A aplicação da medida de recapitalização interna segue as regras constantes no artigo 145.º-V RGICSF. Uma vez aplicados os poderes que o Banco de Portugal tem nesta sede, o órgão de administração da instituição de crédito objeto de resolução elabora e apresenta-lhe, no prazo de 30 dias contados da aplicação da medida, um plano de reorganização do negócio que inclua: a) o diagnóstico pormenorizado dos fatores, circunstâncias e problemas que conduziram a instituição de crédito objeto de resolução ao risco ou situação de insolvência; b) a descrição das medidas destinadas a repor a viabilidade a longo prazo da instituição de crédito objeto de resolução ou de parte da sua atividade num prazo adequado, que podem incluir a reorganização das suas atividades; alterações aos seus sistemas operacionais e às suas infraestruturas internas; a cessação das atividades que gerem prejuízos; a reestruturação das atividades existentes que possam ser tornadas competitivas; a alienação de ativos ou de linhas de negócio; c) o calendário de execução dessas medidas. O Banco de Portugal aprova o plano de reorganização do negócio caso decida, em acordo com o Banco Central Europeu nos casos em que este seja, nos termos da legislação aplicável, a autoridade de supervisão da instituição de crédito, no prazo de 30 dias a contar da data de receção do mesmo, que as medidas nele previstas permitirão repor a viabilidade a longo prazo da instituição de crédito. Se o Banco de Portugal, em acordo com o Banco Central Europeu, entender que o plano de reorganização de negócio não permite repor a viabilidade a longo prazo da instituição de crédito, notifica o respetivo órgão de administração dos problemas detetados e exige a apresentação no prazo de 15 dias de um novo plano que dê resposta a esses problemas. O Banco de Portugal decide, no prazo de sete dias, se as medidas previstas no novo plano de reorganização do negócio permitem resolver os problemas detetados nos termos do disposto no número anterior. Uma vez aprovado o plano, o órgão de administração da instituição de crédito executa o plano de reorganização do negócio aprovado e apresenta ao Banco de Portugal, a cada 180 dias, um relatório sobre os progressos alcançados na sua execução.

2. Os limites da medida de resolução

2.1. Limites quanto à adoção da medida de resolução

Em primeiro lugar, a medida de resolução há-de obedecer aos pressupostos da sua aplicação. Pode ser controlada judicialmente quanto aos aspetos de legalidade que a delimitam, não podendo,

contudo, ser controlado o mérito da decisão, ou, dito de outro modo, a medida de resolução não é sindicável fora do âmbito da vinculação jurídica. Na verdade, estamos diante de um ato que reveste uma dupla natureza: se é vinculado na verificação dos pressupostos, trata-se de uma decisão determinada por um critério de oportunidade e conveniência, atentas as finalidades do instituto. Quer isto dizer que a ilicitude da aplicação da medida de resolução pode advir da violação das normas que determinem quais os pressupostos da intervenção, lesando-se com isso direitos e interesses, ou porque os factos foram mal apreciados ou porque foram mal qualificados em face da pressuposição normativa. A este propósito, tornam-se particularmente importantes as figuras do *erro de apreciação dos factos* (ou seja, o Banco de Portugal avalia mal a situação financeira da instituição a que aplica a medida de resolução) e do *erro de qualificação jurídica dos factos*¹².

Esta ideia, contudo, não é bastante. Apesar do carácter discricionário do ato, não nos podemos esquecer que os autores têm apontado para a medida de resolução uma natureza de *última ratio*. Existindo mais do que uma medida de intervenção numa instituição bancária, o Banco de Portugal não fica vinculado a uma relação de precedência, podendo optar por uma das medidas em detrimento da outra ou podendo, mesmo, combiná-las entre si. Consoante explicita Menezes Cordeiro, somos remetidos para um sistema móvel¹³, no qual o regulador se move em obediência aos princípios da adequação e da proporcionalidade e da gravidade¹⁴, tendo em conta o risco ou o grau de incumprimento, por parte da instituição de crédito, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como a gravidade das respetivas consequências na solidez financeira da instituição em causa, nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro. Sendo a medida de resolução um conceito compreensivo que envolve uma de quatro possíveis medidas aptas a garantir as finalidades mencionadas anteriormente: a alienação total ou parcial da atividade em causa; a transferência, total ou parcial, da atividade a um ou mais bancos de transição; a segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos; ou a recapitalização

¹² Sobre o ponto, cf. Luís Colaço ANTUNES/Joana Costa e NORA, “O véu da evidência na justiça administrativa: à procura do significado perdido do erro manifesto de apreciação”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 108, 2014, 5 s.

¹³ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 5ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2014, 1125.

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

¹⁴ Cf., novamente, António MENEZES CORDEIRO, *Direito bancário*, 1125, falando dos princípios da adequação, da proporcionalidade e da gravidade das respetivas consequências.

interna¹⁵, ela vem sendo apontada pelos autores como uma medida de *última ratio*¹⁶. A este propósito, Mariana Duarte Silva aduz que a medida de resolução tem lugar quando as perspetivas de recuperação e saneamento de uma instituição financeira se mostrem goradas na sequência de uma intervenção corretiva na instituição ou, não tendo esta tido lugar, se mostram irrealistas. Poderá, ainda, ter lugar se a liquidação da instituição de crédito puser em causa o interesse público, definido por referência às finalidades estabelecidas no art.º 145.º - A¹⁷. No mesmo sentido, depõe Tiago Sousa Freitas¹⁸.

Compreende-se que assim seja. Na verdade, se a liquidação da instituição bancária visa, primordialmente, a salvaguarda dos interesses dos credores daquela, a medida de resolução cumpre muito claramente as finalidades enunciadas no artigo 145º-C RGICSF: assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais para a economia; prevenir a ocorrência de consequências graves para a estabilidade financeira, nomeadamente prevenindo o contágio entre entidades, incluindo às infraestruturas de mercado, e mantendo a disciplina no mercado; salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público, minimizando o recurso a apoio financeiro público extraordinário; proteger os depositantes cujos depósitos sejam garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos e os investidores cujos créditos sejam cobertos pelo Sistema de Indemnização aos Investidores; proteger os fundos e os ativos detidos pelas instituições de crédito em nome e por conta dos seus clientes e a prestação dos serviços de investimento relacionados¹⁹.

A adoção da medida de resolução fica dependente da possibilidade de se cumprirem com ela estas finalidades e de não existir outro meio menos oneroso de o conseguir.

¹⁵ Cf. artigo 145º E, nº1 RGICSF. De notar que o preceito foi também alterado depois da adoção da medida de resolução relativamente ao Banco Espírito Santo. Nessa medida, num outro escrito da nossa autoria (cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “A propósito do caso BES: algumas notas sobre a medida de resolução”, *Boletim de Ciências Económicas*, 2015), o quadro legal era ainda outro. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Direito civil e sistema financeiro*, Princípia, 2016.

¹⁶ Nesse sentido, e como referido anteriormente, Mariana Duarte SILVA, “Os novos regimes de intervenção ...”, 405 s. e Tiago Sousa FREITAS, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária – Considerações a Propósito do Mecanismo de Resolução*, Coimbra, 2015, 26 s.

¹⁷ Mariana Duarte SILVA, “Os novos regimes de intervenção ...”, 419 s.

¹⁸ Tiago Sousa FREITAS, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária*, 26 s

¹⁹ Trata-se, também, de uma redação introduzida em 2015 e que, nessa medida, altera a listagem de finalidades contida no diploma em 2014: salvaguardar a confiança dos depositantes, salvaguardar os interesses dos contribuintes e dos erários públicos, assegurar a continuidade da prestação de serviços financeiros essenciais e conter o aludido risco sistémico. Sobre o ponto, cf., também, Mafalda Miranda BARBOSA, *Direito civil e sistema financeiro*.

2.2. Limites quanto à conformação

a) A hierarquia de credores e o princípio da igualdade

Apesar da natureza discricionária que matiza o ato de resolução, ele só é legítimo na medida em que obedeça aos princípios conformados pelo legislador a propósito do mecanismo. Nos termos do artigo 145º D, nº1 RGICSF, assumem os prejuízos os acionistas da instituição financeira objeto da medida; e, em segundo lugar, assumem-nos os credores da instituição financeira, em condições equitativas e de acordo com a graduação dos seus créditos²⁰. Nessa medida, considera-se, tendo em conta a hierarquia de credores e avaliando o balanço da instituição financeira, que alguns deles poderiam não conseguir, através do património do banco, obter o pagamento do seu crédito. Torna-se, assim, fundamental, na busca do equilíbrio entre a salvaguarda dos interesses dos credores e da estabilidade do mercado financeiro, olhar para a ordem de preferências legalmente estabelecida. Para tanto, há que mobilizar o regime legal da liquidação das instituições de crédito, previsto no Decreto-lei nº199/2006, de 25 de Outubro, alterado pelo DL nº31-A/2012, de 10 de Fevereiro²¹. Nada se estabelecendo aí a este propósito, somos remetidos para o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE).

Teremos de ter em conta a hierarquia de créditos de cada um dos credores da instituição financeira. Torna-se, assim, fundamental, na busca do equilíbrio entre a salvaguarda dos interesses dos credores e da estabilidade do mercado financeiro, olhar para a ordem de preferências legalmente estabelecida. Para tanto, há que mobilizar o regime legal da liquidação das instituições de crédito, previsto no Decreto-lei n.º 199/2006, de 25 de Outubro, alterado pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro²².

²⁰ Para uma súpula dos princípios de qualquer medida de resolução, cf. Mariana Duarte SILVA, “Os novos regimes de intervenção...”, 420 s.: a) prévia avaliação de todos os passivos, ativos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, a serem alienados; b) financiamento pelo Fundo de Resolução; c) o produto da alienação reverte para o fundo e o remanescente para a instituição de origem; d) continuidade das operações relacionadas com os ativos e passivos transferidos; e) salvaguarda da integralidade das posições contratuais da instituição de crédito, em contratos de garantia financeira e outros que tenham cláusulas de compensação ou novação; f) blindagem dos negócios jurídicos de alienação perante qualquer disposição legal que pudesse prejudicar a sua eficácia; g) dispensa do consentimento dos acionistas e das contrapartes da instituição de crédito.

²¹ Sobre o ponto, cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 88 s.; João LABAREDA, “Pressupostos subjetivos da insolvência: regime particular das instituições de crédito e sociedades financeiras”, *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência* (Carvalho Fernandes/João Labareda, org.), Almedina, Coimbra, 2009.

A este propósito, deve esclarecer-se que as instituições de crédito e sociedades financeiras dissolvem-se por revogação da autorização nos termos do artigo 22º RGICSF ou por deliberação dos sócios.

²² Sobre o ponto, cf. LEITÃO (2015), p. 88 s.; LABAREDA (2009), p. 126 s.. A este propósito, deve esclarecer-se que as instituições de crédito e sociedades financeiras dissolvem-se por revogação da autorização nos termos do artigo 22º RGICSF ou por deliberação dos sócios.

Até Março de 2019, nada se dispondo no DL nº199/2006 acerca da hierarquia de créditos, teríamos de aplicar o CIRE. Nos termos do artigo 47º/4 CIRE, podemos distinguir diversas categorias de créditos: créditos garantidos, créditos privilegiados, créditos comuns e créditos subordinados. Os *créditos garantidos* são os que beneficiam de uma garantia real, incluindo os privilégios creditórios especiais, até ao montante correspondente ao valor dos bens objeto das garantias, tendo em conta eventuais onerações prevalecentes²³. Os *créditos privilegiados*, por seu turno, são os que beneficiam de privilégios creditórios gerais²⁴, até àquele montante, enquanto os *créditos comuns* são os que, não sendo garantidos, privilegiados, nem subordinados, oneram a massa insolvente. Uma quarta categoria é composta pelos *créditos subordinados*. Conforme resulta do artigo 177º CIRE, eles são pagos apenas depois de satisfeitos os restantes créditos²⁵; e encontram-se elencados no artigo 48º CIRE. São eles: os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, desde que a relação especial existisse já aquando da respetiva aquisição, e por aqueles a quem tenham sido cedidos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; os juros dos créditos não subordinados constituídos após a declaração de insolvência, com exceção dos abrangidos por garantia real e por privilégios creditórios gerais, até ao valor do bem; os créditos cuja subordinação tenha sido convencionada pelas partes²⁶; os créditos que tenham por objeto prestações do devedor a título gratuito; os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má-fé; os juros dos créditos subordinados constituídos após a declaração de insolvência; os créditos por suprimento.

Na aplicação de uma medida de resolução, a entidade com poderes de resolução não poderá deixar de ter em conta esta hierarquia. Assim, e porque, se não houvesse intervenção, a consequência seria a liquidação da sociedade financeira e, no âmbito desta, os credores subordinados seriam os últimos a obter o pagamento dos seus créditos, em obediência aos princípios norteadores da aplicação

²³ Cf. LEITÃO, (2015), p. 100 s. Entre as garantias reais, explica o autor, encontram-se a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o direito de retenção, os privilégios creditórios especiais. Segundo o civilista, embora a penhora e a hipoteca judicial possam ser qualificadas como direitos reais, elas não relevam para efeitos de qualificação do crédito como garantido, uma vez que a preferência que atribuem não é atendida no processo de insolvência (cf. artigo 140º/3 CIRE). Veja-se, ainda, p. 102. Menezes Leitão sublinha que os créditos garantidos são pagos após terem sido deduzidas as importâncias necessárias à satisfação das dívidas da massa insolvente (174º/1) e têm “direito a ser compensado(s) pelo prejuízo causado pelo retardamento da alienação do bem objeto da garantia que lhe não seja imputável, bem como pela desvalorização do mesmo resultante da sua utilização em proveito da massa insolvente (166º)”.

²⁴ Para exemplos de privilégios creditórios gerais, cf. LEITÃO, (2015), pp. 102-103 (exemplo: artigo 736º CC; 737º, a), b), c) e d) CC; 111º CIRS; 108º CIRC; 333º CT)

²⁵ Além disso, os créditos subordinados não conferem direito de voto na assembleia de credores, não permitem ao titular integrar a comissão de credores e não podem ser compensados com dívidas à massa – cf. LEITÃO, (2015), pp. 103-104

²⁶ A este propósito, cf., novamente, LEITÃO, (2015), p. 107. Segundo o autor, se é admissível, ao abrigo da autonomia privada, a convenção de subordinação, sem que isso viole o artigo 809º CC, já pode ser duvidoso que ela possa ser aposta a um contrato celebrado com base em cláusulas contratuais gerais, nos termos do artigo 18º c) e 21º h) do Decreto-lei nº446/85.

da medida, são eles os que primeiramente deveriam sofrer os prejuízos. Em rigor, há, aliás, determinados créditos excluídos da transmissão que coincidem com créditos subordinados, quando em causa esteja a transmissão de ativos e passivos para uma instituição de transição.

O busílis da questão residia, porém, nos créditos comuns. Se em termos de eficácia da medida de resolução pode ser imprescindível diferenciar credores comuns, do ponto de vista jurídico isso colocava um problema acrescido em matéria de cumprimento do princípio da igualdade.

Na verdade, havendo um processo de insolvência (e deixando agora de lado o mundo financeiro), os credores comuns são pagos depois dos credores garantidos e dos credores privilegiados. Não havendo bens no património do devedor para serem penhorados até ao limite dos créditos comuns, proceder-se-á a um rateio entre os credores que se situam nesta categoria e eles são pagos na proporção dos seus créditos. Tal disciplina, contida no artigo 176º CIRE garante, nesta circunstância, o cumprimento do princípio da igualdade. No quadro de uma medida de resolução, as obrigações que se mantenham na instituição de origem, muito provavelmente, não serão cumpridas; as obrigações que transitem para a instituição criada *ex novo* poderão ser cumpridas, como se nenhuma perturbação as tivesse atingido. Ora, se é certo que o credor pode livremente decidir que obrigação cumpre primeiro, não é verdade que a mesma lógica se aplique em processos de insolvência, de liquidação e, recentemente, no tocante às medidas de resolução. A seleção entre credores comuns configuraria, assim, um atentado a uma ideia de igualdade. Não colhe, para uma eventual argumentação noutro sentido, a ideia de que o credor cujo crédito se mantém na instituição de origem não sofrerá um prejuízo maior do que aquele que sofreria se a instituição tivesse entrado em liquidação. É que, se tivermos em conta a situação concreta que resulta da aplicação da medida de resolução, facilmente perceberemos que, se o princípio *no creditor worse off* garante a salvaguarda do direito de propriedade, entendido na amplitude com que é perspetivado do ponto de vista do direito constitucional, ele não é suficiente para assegurar a igualdade de tratamento dos diversos credores que se encontram no mesmo patamar, tendo em conta a hierarquia dos créditos. Se a medida de resolução se traduzir na transmissão de parte dos ativos e passivos para uma instituição de transição, facilmente se percebe que os créditos transmitidos poderão vir a ser cumpridos, enquanto que aos que se mantêm no banco “resolvido” outro destino não lhes resta senão obter aquilo que a massa liquidatória facultar, que, se for inferior ao que se obteria se, no momento da aplicação da medida de resolução, a instituição financeira tivesse entrado em liquidação, é elevado até este montante.

O quadro normativo altera-se ligeiramente a partir de Março de 2019. Dispõe o novo artigo 8º-A DL nº199/2006, introduzido pela Lei nº23/2019, que «os créditos comuns emergentes de

instrumentos de dívida que preencham cumulativamente as condições previstas no nº 2 e que tenham sido emitidos ou celebrados pelas entidades referidas no nº 3 são pagos em insolvência depois de integralmente pagos os demais créditos comuns e antes de serem pagos os créditos subordinados, na proporção dos respetivos montantes se a massa for insuficiente para a respetiva satisfação integral, não se aplicando o disposto no artigo 176º do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de Março. A graduação de créditos prevista no número anterior é aplicável aos créditos emergentes dos instrumentos de dívida que preencham cumulativamente as seguintes condições: a) o prazo de vencimento inicial dos instrumentos de dívida ser igual ou superior a um ano; b) os instrumentos de dívida não incorporam instrumentos financeiros derivados, nem são eles próprios instrumentos financeiros derivados; c) as disposições contratuais aplicáveis aos instrumentos de dívida e, se aplicável, o respetivo prospeto referem expressamente que, em caso de insolvência, a graduação dos créditos emergentes dos instrumentos de dívida é a prevista no presente artigo. Esclarece-se no preceito que “o disposto nos números anteriores é aplicável aos instrumentos de dívida de entidades que, à data da emissão ou celebração, sejam instituições de crédito, empresas de investimento que exerçam as atividades previstas nas alíneas c) ou f) do nº 1 do artigo 199º -A do RGICSF, com exceção do serviço de colocação sem garantia, ou entidades referidas no nº 1 do artigo 152º do RGICSF” e que, “para efeitos do disposto nos números anteriores, são instrumentos de dívida as obrigações, outros valores mobiliários representativos de dívida e quaisquer instrumentos que criem ou reconheçam um direito de crédito”. Mais se refere que “os instrumentos de dívida com taxas de juro variáveis indexadas a taxas de referência amplamente utilizadas e os instrumentos de dívida que sejam denominados em moeda diferente do euro, desde que o capital e os juros sejam denominados na mesma moeda e que o reembolso do capital e o pagamento dos juros seja feito nessa mesma moeda, não incorporam instrumentos financeiros derivados para efeitos do disposto na alínea b) do nº2 apenas em virtude destas características”.

O preceito vem alterar a hierarquia de credores e determinar a não aplicação do artigo 176º CIRE relativamente aos créditos previstos no seu nº2. Trata-se de créditos comuns, diferenciados dos demais, que escapam assim à garantia da *par conditio creditorum*. Isto não significa, porém, que se afaste o princípio da igualdade do seio da resolução bancária.

Desde logo, a não aplicação do preceito do CIRE fica limitada aos créditos que ali se especificarem; por outro lado, tutela-se a confiança dos credores, já que um dos requisitos da nova colocação hierárquica é que as disposições contratuais aplicáveis aos instrumentos de dívida e o respetivo prospeto refiram expressamente que, em caso de insolvência, a graduação dos créditos é a prevista no artigo 8º-A DL nº199/2006.

Ora, o próprio CIRE acaba por admitir derrogações ao princípio da igualdade, que não o afetam na sua materialidade, já que o pagamento dos créditos, no quadro da insolvência, pode ser regulado num plano que, afastando as normas do diploma, pode afetar por forma diferente a esfera jurídica dos interessados, desde que tal seja expressamente autorizado no título do código que regula o plano da insolvência ou consentido pelos visados. Admitem-se, assim, diferenciações entre credores, desde que sejam justificadas por razões objetivas. Entre essas razões, a nossa jurisprudência tem vindo a considerar quer a classificação do crédito, quer a finalidade e a fonte do mesmo²⁷. Simplesmente, o tratamento mais desfavorável de um credor relativamente a outros em idêntica situação depende do consentimento do credor afetado, donde não será possível encontrar aqui um ponto de apoio para sustentar soluções atentatórias do princípio da igualdade noutras hipóteses.

Em sede de aplicação de uma medida de resolução, se não está em causa o acordo do credor no momento da aplicação da medida, não é menos verdade que, ao constar a graduação do crédito no prospeto e nas disposições contratuais, aquilo a que se assiste é à celebração de um contrato nos termos do qual o crédito, embora comum, será graduado abaixo dos restantes créditos comuns. Refira-se, aliás, que a regra vale também no quadro de uma liquidação de uma instituição bancária. É, no fundo, a tutela da confiança e a vontade do credor subjacente à contratação que garantem a conformidade da disciplina com o princípio da igualdade.

Não cremos que contra este entendimento possa depor a ideia segundo a qual não seria admissível a oposição de uma cláusula de subordinação num contrato nos termos do artigo 18º c) e 21º h) DL nº446/85²⁸, quando em causa estivesse um contrato de adesão. É que em causa não está a exclusão ou a limitação da responsabilidade pelo não cumprimento, mas a disciplina da responsabilidade patrimonial que com a responsabilidade contratual não se confunde. Do mesmo modo, não se pode invocar contra o entendimento o artigo 809º CC²⁹, já que a garantia se mantém, ainda que o acesso a ela seja diverso.

Mas, se assim, se é a vontade e a confiança que garantem a conformidade da disciplina com o princípio da igualdade, então, não se poderá extrair daqui o afastamento do princípio da igualdade do seio da aplicação de uma medida de resolução, de tal modo que, se o contrato subjacente a um

²⁷ Cf. Ac. Tribunal da Relação de Coimbra de 25/6/2013; 24/6/2014; Relação do Porto de 19/9/2013, *inter alia*.

²⁸ Cf. Menezes LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, 107.

²⁹ Veja-se, ainda, Joana Pereira DIAS, “Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a *pari passu*, a *negative pledge*, a *cross default*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, IV, Almedina, Coimbra, 2003, 917, considerando que a lei portuguesa não admite a subordinação de créditos por acordo das partes. Note-se, porém, que a autora tem o cuidado de acrescentar a ideia de que, pelo menos, não o permite com eficácia *erga omnes*.

determinado crédito não for válido, porque o crédito subsequente é o que resulta da relação de liquidação (constituída por força da eficácia retroativa da invalidade) e não o crédito originariamente contratado, a limitação do artigo 8º-A DL nº199/2006 deixa de ser aplicável.

Uma última nota para referir que a Lei nº23/2019, de 13 de março, vem igualmente reforçar a garantia dada aos depósitos, nos termos do novo nº5 e nº6 do artigo 166º-A RGICSF, passando a gozar de privilégios creditórios gerais sobre os bens móveis da instituição de crédito e de privilégios especiais sobre os bens imóveis próprios da instituição³⁰.

Esta igualdade é, porém, muito limitada. Por um lado, pode ser afastada ou por vontade dos sujeitos, que poderão acordar a constituição de garantias do crédito contratado, ou por determinação legal, caso as garantias especiais decorram de uma norma legal. Por outro lado, o artigo 615º/2 CC determina que “o cumprimento de obrigação vencida não está sujeita a impugnação [pauliana]”. Quer isto dizer que, se o devedor de mais do que um credor decidir cumprir a obrigação em relação a um e não em relação a outro, não é possível ao outro credor impugnar o ato de cumprimento ainda que a) o seu crédito seja anterior ao ato ou, sendo posterior, este tenha sido realizado dolosamente para impedir a satisfação do crédito; b) resulte do ato a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do crédito ou o agravamento dessa impossibilidade. Haverá, contudo, a possibilidade de impugnar o ato de cumprimento de uma obrigação se esta ainda não for exigível (ainda não tiver vencido) ou se se tratar de uma obrigação natural³¹.

Daqui se depreende que a igualdade entre credores existe na medida em que seja idêntica a sua posição relativamente ao património do devedor, e que qualquer preferência pode ser estabelecida no quadro da autonomia negocial que ambos detêm, o que significa, afinal, que, uma vez mais, a igualdade cede perante a liberdade de conformação da relação obrigacional. No mais, continua a

³⁰ Sobre o ponto, cf. Menezes LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 100 s. Esclarece o autor que há determinadas garantias reais que se extinguem com o processo de insolvência, pelo que os respetivos titulares não são considerados credores garantidos. Assim, cf. artigo 97º/1 a) CIRE – os privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social, constituídos mais de doze meses antes do início do processo de insolvência; 97º/1 b) CIRE – os privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social, vencidos mais de doze meses antes da data do início do processo; artigo 97º/1 c) CIRE – as hipotecas legais cujo registo haja sido requerido dentro dos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência, e que forem acessórios de créditos sobre a insolvência do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social; artigo 97º/1 d) CIRE – as garantias reais sobre imóveis e móveis sujeitos a registo integrantes da massa insolvente, acessórios de créditos sobre a insolvência, e já constituídas, mas ainda não registadas nem objeto de pedido de registo; artigo 97º/1 e) CIRE – as garantias reais sobre bens integrantes da massa insolvente acessórios de créditos havidos como subordinados. O artigo 97º CIRE deixa de ser aplicável aos depósitos previstos no nº5 do artigo 166º-A RGICSF.

³¹ Sobre o ponto, cf., novamente, Menezes CORDEIRO, “A impossibilidade moral: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações”, in *Estudos de Direito Civil*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, 110.

haver a possibilidade de, existindo diversos créditos, o devedor optar aquele que quer cumprir. E se é certo que tal possibilidade se constringe perante a consequência de agravamento da impossibilidade de cumprir o outro crédito, no caso das obrigações não vencidas ou das obrigações naturais, não é menos seguro que a prova dos requisitos da impugnação pauliana é de sempre difícil obtenção. Além disso, outra conclusão pode ser extraída: a igualdade de que se fala, a este nível, não significa a igual dignidade dos credores enquanto seres humanos, mas resulta da igual proteção que merecem em face do património do devedor³². É por isso compreensível que – se o que está em causa são mecanismos de tutela do credor em face da garantia geral do seu crédito – elas assumam especial relevância em face da impossibilidade para cumprir por parte do devedor.

Entende-se, portanto, que, se no tocante à fase de execução da obrigação a igualdade já se agiganta relativamente à que vigora no campo da celebração dos negócios jurídicos, ela assuma importância crescente num quadro de insolvência do devedor. Importa, aliás, notar que no âmbito da insolvência não estamos, apenas, diante de uma relação que une credor e devedor, mas no seio de uma relação que passa a incluir terceiros. O mesmo se poderá dizer quando seja aplicada uma medida de resolução a uma instituição bancária ou a uma sociedade financeira, domínio onde, em rigor, lidamos inclusivamente com normas de direito público.

A este propósito, Menezes Cordeiro diz-nos que “há que obstar ao arbítrio, devendo o igual ser tratado por igual e o diferente de modo diferente, consoante a medida da diferença. Em certas zonas, contudo, a igualdade resume-se a conceder a todos uma área de arbítrio: pense-se na liberdade contratual. Por isso, o princípio do tratamento igualitário varia na razão inversa da liberdade de produção de efeitos jurídicos: mínimo na conclusão dos contratos, ele será máximo na execução das obrigações”³³.

O que assim fica exposto torna-se translúcido se atentarmos, como sugerido anteriormente, no regime da insolvência. Este visa a satisfação igualitária dos direitos dos credores, não sendo admissível a concessão de vantagens especiais a qualquer deles a partir do momento em que a situação de insolvência do devedor venha a ser conhecida³⁴.

Daí que, nos termos do artigo 120º CIRE, possam ser resolvidos em benefício da massa insolvente os atos prejudiciais à massa praticados dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência, considerando-se prejudiciais os atos que frustrem, dificultem, ponham em

³² Menezes CORDEIRO, “A impossibilidade moral: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações”, 114

³³ Menezes Cordeiro, “A impossibilidade moral: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações”, 113.

³⁴ Cf. Menezes LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 287 s.

perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência. Exige-se, de acordo com o nº4 do citado preceito, que haja má-fé do terceiro, “a qual se presume quanto a atos cuja prática ou omissão tenha ocorrido dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência e em que tenha participado ou de que tenha aproveitado pessoa especialmente relacionada com o insolvente”. Os atos previstos no artigo 121º CIRE são, contudo, suscetíveis de resolução independentemente da verificação de quaisquer requisitos. Esta solução conservatória do património que responde pelas dívidas do insolvente dispensa a ação pauliana em relação aos atos praticados pelo devedor cuja resolução haja sido declarada pelo administrador de insolvência, e as ações de impugnação pauliana pendentes à data da declaração de insolvência ou propostas posteriormente não serão apenas ao processo de insolvência e só prosseguirão se a resolução vier a ser declarada ineficaz, de acordo com o disposto no artigo 127º CIRE³⁵.

No mais, a igualdade entre os credores da massa insolvente é garantida por via do sistema *par conditio creditorum*. Nos termos do artigo 176º CIRE, o pagamento aos credores comuns tem lugar na proporção dos seus créditos, se a massa for insuficiente para a respetiva satisfação integral³⁶. Note-se que a questão do rateio apenas se coloca em relação ao pagamento de créditos que tenham o mesmo grau, sem que isso afete o princípio da igualdade, já que o que ele impõe é o tratamento igual do que é igual, e desigual do que é desigual³⁷. Por outro lado, este princípio da igualdade (*Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung/Prinzip der Gleichbehandlung*) acaba por ter reflexos a outros níveis da disciplina falimentar³⁸.

No tocante às medidas de resolução, embora nada se disponha no RGICSF, é possível chegar a um entendimento revelador da mesma ideia de igualdade entre os credores. Na verdade, e como já tantas vezes referimos, entre os que são chamados a suportar os prejuízos contam-se, segundo uma ordem definida pelo legislador, nos termos do artigo 145ºD, nº1, al. a) e b) do RGICSF, os acionistas

³⁵ Sobre o ponto, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, Coimbra: Almedina, 2015, 345 s.

³⁶ Veja-se, ainda, no tocante à graduação dos créditos e à influência que isso tem em matéria de pagamento de credores, os artigos 174º, 175º, 177º CIRE.

³⁷ Em rigor, o princípio da igualdade não seria afetado por um sistema assente no princípio da prioridade, que atribuisse ao credor que obteve primeiro a penhora uma preferência em relação aos demais credores que não sejam titulares de garantias reais. Nesse sentido, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17 de Março de 2015, considerando que a alternativa entre o sistema assente no princípio da prioridade e o sistema assente no princípio da igualdade não corresponde a uma oposição entre igualdade e desigualdade. Sobre o ponto, cf., ainda, Catarina SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 150 s.

Sobre o ponto, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, 243 s. Veja-se, com importância, págs. 246 s., onde o autor refere as consequências da *par conditio creditorum*: a igualdade entre os credores, independentemente da antiguidade dos seus créditos; a manutenção dessa igualdade, independentemente das iniciativas processuais dos credores; a necessidade de rateio, no caso de insuficiência para cobrir todos os créditos (já que “a proporcionalidade no prejuízo, já existente, (...) dá margem à igualdade”); o ressurgimento da *par conditio* dentro de cada categoria de credores privilegiados.

³⁸ Pense-se, por exemplo, no artigo 140º/3 CIRE.

da instituição financeira objeto da medida de resolução e os credores da instituição financeira, em condições equitativas e de acordo com a hierarquia das várias classes de credores.

Não obstante o que ficou dito acerca destas duas realidades – a insolvência e as medidas de resolução –, não se ignora que o CIRE acaba por admitir derrogações ao princípio da igualdade. De facto, o pagamento dos créditos, no quadro da insolvência, pode ser regulado num plano que, afastando as normas do diploma, pode afetar por forma diferente a esfera jurídica dos interessados. Tal tem de ser expressamente autorizado no título do código que regula o plano da insolvência ou consentido pelos visados. Nesse contexto, o artigo 194º/1 CIRE admite diferenciações entre credores, desde que sejam justificadas por razões objetivas, como vimos. Simplesmente, o tratamento mais desfavorável de um credor relativamente a outros em idêntica situação depende do consentimento do credor afetado, donde não será possível encontrar aqui um ponto de apoio para sustentar soluções atentatórias do princípio da igualdade no quadro de aplicação de uma medida de resolução. Idênticas derrogações parecem agora ser admitidas, em face da Lei nº23/2019 em relação à medida de resolução.

O que assim fica explícito – a propósito das situações de insolvência e de saneamento bancário (de que a medida de resolução com transmissão de parte dos ativos e passivos para uma instituição de transição é exemplo paradigmático) – repete a solução contida no artigo 604º CC e mostra que, ocorrendo uma situação de insuficiência da garantia patrimonial, avulta maior uma ideia de igualdade entre os credores. Esta igualdade, porém, é uma igualdade que só se compreende por referência ao património daquele.

Tal património assume destaque no plano obrigacional como garantia geral da relação creditícia, embora inexista um direito do(s) credor(es) ao património do devedor. Ele é, nas palavras de Mota Pinto, “um conjunto atomístico de relações jurídicas e não uma unidade”³⁹. Isto faz com que, ocorrendo a lesão de um interesse patrimonial, não acompanhada da violação de um direito dotado de proteção absoluta, não seja ressarcível o prejuízo sofrido pelo lesado, que se vê, assim, onerado por aquilo que se chama um dano puramente patrimonial⁴⁰. Se não existe um direito de cada um ao

³⁹ Mota PINTO *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição (por A. Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 346.

A este propósito, veja-se, ainda, Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, 234 s., considerando que não existe um direito ao património do devedor e falando das teorias intrínsecas e extrínsecas de compreensão do património como a garantia geral das obrigações.

⁴⁰ Sobre o ponto, cf., com amplas referências bibliográficas, Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2005.

seu próprio património, também não se poderá falar de um direito dos credores ao património do devedor. Não obstante, enquanto garantia geral das obrigações, aquele património é tutelado de modo a salvaguardar a posição do credor. Encontramos no direito civil vários afloramentos desta ideia. Assim, podemos, desde logo, pensar na impugnação pauliana consagrada no artigo 610º CC, a que já fizemos referência. Nos termos deste preceito, “os atos que envolvam diminuição da garantia patrimonial do crédito e não sejam de natureza pessoal podem ser impugnados pelo credor, se ocorrerem as seguintes circunstâncias: a) ser o crédito anterior ao ato ou, sendo posterior, ter sido o ato realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor; b) resultar do ato a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do seu crédito, ou o agravamento dessa impossibilidade”⁴¹⁻⁴². É também por reconhecer a necessidade de proteger a posição do credor em face do património do devedor que o ordenamento jurídico lhe atribui legitimidade para arguir a nulidade dos atos praticados pelo devedor, quando feridos por este tipo de invalidade. Do mesmo modo, as regras atinentes à transmissão de dívidas e à cessão da posição contratual⁴³ explicam-se com base na necessidade de tutela do credor. E, do ponto de vista falimentar, os artigos 120º e ss. CIRE

Sublinhe-se, porém, que vários têm sido os expedientes forjados para, em determinadas situações, se tentar ressarcir o lesado.

Aspeto particularmente interessante é o problema da eventual responsabilidade dos bancos pela concessão de crédito, perante os credores da empresa financiada, uma vez que esses mesmos credores, em face da nova concessão de crédito, podem ver a sua garantia patrimonial diminuída.

Sobre a questão, cf. Margarita Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra, 2000.

Acerca da responsabilidade bancária (ou responsabilidade profissional do banqueiro), cf. Menezes CORDEIRO *Direito bancário*, Coimbra, Almedina, 2015, 316 e, com desenvolvimento, 414 a 443.

Veja-se, também, Almeno de SÁ, *Direito Bancário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, parte II, Responsabilidade bancária: dever de informação – corte de crédito, 57 s.

⁴¹ Refira-se que, nos termos do artigo 612º CC, o ato oneroso só está sujeito à impugnação pauliana se o devedor e o terceiro tiverem agido de má-fé; já se o ato for gratuito, a impugnação procede ainda que os contraentes tivessem de boa-fé.

⁴² Interessante a este ensejo é questionar se o ato de concessão de crédito a uma empresa pode ser impugnado paulianamente. De acordo com Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2008, 360 s., não será possível, porque os credores não veem agravada a possibilidade de conseguir obter a satisfação do seu crédito diretamente por causa do empréstimo concedido. Para o autor, o que afeta os credores é a utilização que a empresa faz do montante obtido com o empréstimo. Na mesma linha de pensamento, cf. Margarita Azevedo de ALMEIDA, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, 16 s. Segundo a autora, “o prejuízo sofrido pelos credores não é consequência direta do contrato de concessão de crédito em si considerado”.

Ambos os estudiosos convergem, ainda, ao considerarem que as condições contratuais podem implicar que haja prejuízo de modo a viabilizar a impugnação pauliana. Nas palavras de Menezes Cordeiro (também citado pela autora), “quando a pretexto da concessão de novos créditos, o banqueiro consiga garantias que vão prejudicar os outros credores – ou – pior ainda! – quando se trate de garantias concedidas, em detrimento dos credores, para assegurar o cumprimento de terceiros” – cf. Menezes CORDEIRO *Manual de Direito Bancário*, 360 e *Direito bancário*, 428-429.

⁴³ Cf. o artigo 595º CC, nos termos da qual a transmissão a título singular de uma dívida só exonera o antigo devedor havendo declaração expressa do credor; e artigo 424º CC, que determina que, no caso de cessão da posição contratual, em contratos com prestações recíprocas, ela fica dependente do consentimento do outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato.

parecem cumprir a mesma teleologia⁴⁴.

A ideia de igualdade perante os credores compreende-se, portanto, enquanto igualdade perante a garantia do crédito. Percebe-se, por isso, que ela avulta maior diante de situações em que seja posta em causa a possibilidade de executar essa mesma garantia.

De acordo com Joana Pereira Dias⁴⁵, “o palco de atuação do artigo 604º é posterior ao não cumprimento voluntário da obrigação, numa fase em que o credor exige judicialmente o seu crédito e executa o património do devedor. O seu destinatário é o juiz que se encontra vinculado a observar a regra de que todos os credores estão em pé de igualdade, o que implica a não hierarquização dos direitos de crédito pela ordem da sua constituição e, no caso de o património do devedor ser insuficiente para pagar todos os seus créditos, o rateio dos mesmos para que todos os devedores sejam pagos proporcionalmente – é o que se denomina por concurso de credores ou princípio da *par conditio creditorum*”.

O princípio da igualdade, no campo negocial e quando estejam em causa as relações entre os diversos credores, cede perante a autonomia privada, mas essa mesma igualdade avulta maior quando – por impossibilidade de cumprir todas as obrigações a que se vinculou – o património do devedor é chamado a cumprir a sua função de garantia.

A verdade, porém, é que a própria autonomia privada pode introduzir alterações nessa relação (formalmente) igualitária. São duas as vias de concretização de tais modificações: por um lado, o devedor pode acordar com os credores ou com alguns credores a constituição de garantias reais, as quais conferem preferência aos credores em benefício dos quais sejam constituídas; por outro lado, o devedor pode acordar com um ou alguns dos credores a subordinação de determinados créditos⁴⁶. Em rigor, contudo, em nenhum destes casos, a igualdade é posta em causa na sua materialidade, já que, como bem sabemos, o tratamento igualitário só se impõe para situações que sejam efetivamente iguais. Ora, a partir do momento em que os credores não se situem no mesmo patamar da hierarquia de créditos, então não terão por que ser tratados de forma idêntica. Paralelamente, assiste-se na prática

⁴⁴ Cf., igualmente, o artigo 194º CIRE.

⁴⁵ Cf. Joana Pereira DIAS, “Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a *pari passu*, a *negative pledge*, a *cross default*”, 926 s.

⁴⁶ A este propósito, Menezes Leitão chama-nos a atenção para que, se é admissível, ao abrigo da autonomia privada, a convenção de subordinação, sem que isso viole o artigo 809º CC, já pode ser duvidoso que ela possa ser aposta a um contrato celebrado com base em cláusulas contratuais gerais, nos termos do artigo 18º c) e 21º h) do Decreto-lei nº446/85. Cf. Menezes LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 107. Em sentido diverso, cf. Joana Pereira DIAS, “Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a *pari passu*, a *negative pledge*, a *cross default*”, 917, considerando que a lei portuguesa não admite a subordinação de créditos por acordo das partes. Note-se, porém, que a autora tem o cuidado de acrescentar a ideia de que, pelo menos, não o permite com eficácia *erga omnes*.

negocial (sobretudo ao nível de financiamentos internacionais) à aposição de cláusulas nos termos das quais deve ser garantia a igualdade de posições entre os credores, mas o reduzido efeito útil que delas se possa obter.

A igualdade com uma amplitude máxima é, então, impensável no quadro das relações conformadas por essa autonomia privada, pois, se os particulares podem autonomamente gerir a sua esfera de interesses, ainda que essa liberdade deva ser conformada materialmente pelos princípios ético-axiológicos que predicam a normatividade, não podemos esquecer-nos que a referida gestão pode implicar a necessidade de constituir direitos reais de garantia a favor de determinados credores ou mesmo que uma obrigação seja cumprida em detrimento de outra. Quer isto dizer que autonomia privada parece, mesmo fora do domínio da constituição dos vínculos negociais, opor-se à igualdade entre os credores.

O princípio da igualdade a este nível tem vindo, de facto, a ser encarado como um princípio do tratamento igualitário entre os credores. A este propósito, Menezes Cordeiro, depois de rejeitar que o tratamento igualitário entre os credores possa encontrar o seu fundamento dogmático no princípio da igualdade constitucionalmente consagrado, aduz que “o princípio do tratamento igualitário, quando deva prevalecer sobre outros valores comunitários, retira a sua força dos vetores fundamentais do ordenamento. Tradicionalmente, tais vetores são expressos pelo conceito de boa-fé a qual, sob o formalismo linguístico das proposições, manda atender aos valores materiais subjacentes. Na conclusão dos contratos, o tratamento igualitário apoia-se no artigo 227º/1; no exercício de posições jurídicas, no artigo 334º; no cumprimento das obrigações, no artigo 762º/2, todos do Código Civil”⁴⁷.

O autor reconduz o princípio do tratamento igualitário entre credores (que não propriamente um princípio da igualdade) à boa-fé. Ora, se é verdade que a boa-fé, enquanto princípio normativo que funda o ordenamento jurídico, há-de surgir a densificar uma liberdade/autonomia que não se pode assumir como arbitrária e encerradora do homem num individualismo que o descaracteriza, não é menos verdade que ela está sempre presente em qualquer relação que se estabeleça entre pessoas certas e determinadas, pelo que há que perceber por que razão impõe o tratamento igualitário em face a certos circunstancialismos e não bloqueia, na maioria das vezes, tratamentos discriminatórios (não atentatórios da dignidade da pessoa). Acresce que, se a boa-fé é um pilar de sustentação das relações obrigacionais, urge entender em que termos ela se pode estender a um esquema creditório que não tem em conta apenas a ligação entre credor-devedor, mas que chama para a ponderação valorativa os

⁴⁷ Menezes CORDEIRO, “A impossibilidade moral: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações”, 114.

restantes credores de um mesmo devedor.

Nessa tentativa de entendimento, não podemos esquecer que a igualdade tal como é prefigurada entre credores orienta-nos para a sua igualdade em face do património do devedor, enquanto garantia geral do crédito daqueles.

O artigo 604º CC dispõe que, em caso de insuficiência da garantia patrimonial, nenhum credor pode ser preterido em relação ao outro. Mas é plausível que, quando não esteja em causa a execução do património do devedor, mas o simples cumprimento da obrigação, se invoquem os deveres resultantes da boa-fé (em sentido objetivo/princípio da boa-fé) para se impedir que o devedor cumpra exclusivamente em relação a um credor. Para tanto é necessário, contudo, que se estabeleça a adequada analogia problemática e judicativa. Se estes dois momentos da analogia jurídica se cumprirem, podemos afirmar que se retira do artigo 604º CC um princípio de alcance geral, a impor a igualdade entre os credores (ou o seu tratamento igualitário) no momento do cumprimento da obrigação (e não apenas no tocante à execução da garantia patrimonial). Fundamental para que a igualdade prevaleça sobre a autonomia é, então, uma ideia de insuscetibilidade de cumprimento integral de todas as obrigações⁴⁸. Impõem-se, contudo, outros requisitos: as obrigações, não podendo ser integralmente cumpridas, não podem ser absolutamente incompatíveis entre si, ou seja, se o cumprimento integral de uma ou algumas delas inviabiliza o cumprimento das restantes, o cumprimento parcial de todas deve garantir que parte do interesse de cada credor fique satisfeito⁴⁹. Isto implica que as obrigações em causa sejam redutíveis, já que só nesses casos será possível falar de um rateio entre os credores.

Por outro lado, há que ter em conta que o artigo 604º CC é pensado para um momento posterior ao cumprimento voluntário, quando se constata que o património do devedor – garante de mais do que uma obrigação – não é suficiente para satisfação integral dos débitos. Como estamos a falar do último recurso disponibilizado pelo ordenamento jurídico para efetivar o direito do credor/dos credores, percebe-se que não se dê ao devedor a possibilidade de preterir a igualdade entre aqueles. Na estrutura da relação jurídica, é a garantia que passa a funcionar.

A admitir-se a existência de um princípio do tratamento igualitário entre os credores, ele terá de dialogar com a autonomia privada. Ora, esta autonomia, porque não pode ser compreendida como

⁴⁸ Veja-se sobre o ponto o caso comentado por Menezes Cordeiro, “A impossibilidade moral: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações”.

⁴⁹ No tocante aos direitos pessoais de gozo, vale a regra da prioridade temporal. Cf. o artigo 407º CC. Importa, contudo, notar que a doutrina não é unânime na visão que derrama sobre estes direitos. Sobre o ponto, *vide* J. Andrade MESQUITA, *Direitos Pessoais de Gozo*, Coimbra, Almedina, 1999.

uma liberdade para o vazio ou como uma liberdade vazia, é também conformada por deveres impostos pela boa-fé. Daí que o contraente autónomo seja (ou deva ser, sob pena de o ordenamento jurídico o sancionar) o contraente honesto, correto e leal. Isto pode significar que, em muitas situações, o devedor pode ser chamado a cumprir parcialmente (e proporcionalmente) em relação a cada um dos seus credores, garantindo a igualdade entre eles. Simplesmente, porque este não é a última via para a satisfação do interesse do credor, dá-se a possibilidade ao devedor de preferir tal igualdade, sempre que, na gestão da sua esfera de interesses, tenha uma razão justificativa para o ato. No fundo, ao contrário do que dispõe o artigo 604º CC, não estamos agora diante de uma solução que inexoravelmente se imponha ao devedor, mas de uma solução que pode ser ditada pelo sentido de uma autonomia normativamente conformada.

A solução preliminar a que se chega impõe-nos, porém, uma reflexão suplementar, que nos convida a olhar para a impugnação pauliana.

A impugnação pauliana pode ser entendida como uma forma de conservar o património do devedor⁵⁰. Para que ela proceda, o ato praticado por este não pode ter natureza pessoal; tem de provocar a impossibilidade de obter a satisfação integral do crédito por parte do credor ou o agravamento da dificuldade de tal obtenção; tem de ter sido praticado de má-fé ou ser de natureza gratuita; por outro lado, o crédito tem de ser anterior ao ato ou, sendo posterior, aquele tem de ter sido efetuado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor⁵¹. Com um intuito de conservação patrimonial, o instituto em questão requer que o ato do devedor seja nefasto, mesmo que não implique a sua insolvência ou mesmo que não implique que não possa haver lugar à execução do crédito⁵². Subjacente ao instituto está, portanto, a consciência do prejuízo que o ato causa ao credor, exceto se tiver natureza gratuita (hipótese em que essa consciência é, também, exigível), razão pela qual parece ligar-se a uma proscrição da fraude em direito civil⁵³. Entende-se, por isso, a solução

⁵⁰ Sobre o ponto, cf. Pedro Romano MARTINEZ/ Fuzeta da PONTE, *Garantias de cumprimento*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, 15 s.; Cura MARIANO, *Impugnação pauliana*, Coimbra, Almedina, 2004, 19 s.; Menezes LEITÃO, *Garantias das obrigações*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, 65 s.; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, 311 s.

No direito estrangeiro, cf. Gotthard PAULUS, “Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 155, 1956, 277 s.; J. Forner DELAYGUA, *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, Bosch, 2000

⁵¹ Cf. Pedro Romano MARTINEZ/ Fuzeta da PONTE, *Garantias de cumprimento*, 16; Cura MARIANO, *Impugnação pauliana*, 149 s.

⁵² Nesse sentido, cf. Pedro Romano MARTINEZ/ Fuzeta da PONTE, *Garantias de cumprimento*, 18.

⁵³ Cf., porém, Pedro Romano MARTINEZ/ Fuzeta da PONTE, *Garantias de cumprimento*, 23, dando conta de que houve uma alteração do entendimento que se derrama sobre o preceito, que deixa de ser visto como um meio de repressão da fraude, para fazer prevalecer a tutela do credor lesado. Por isso, admite-se hoje o recurso à impugnação pauliana quando haja apenas negligência consciente por parte do credor e do terceiro. Não obstante, os próprios autores explicitam que este novo enfoque não faz descurar o aspeto da repressão.

plasmada no artigo 615º/2 CC: o cumprimento de uma obrigação vencida não está sujeito a impugnação pauliana, porque se trata de um ato devido, não correspondendo ao conceito de fraude que parece animar a disciplina legal. Assim sendo, mais do que a afirmação da não-igualdade entre os credores, o que o ordenamento civilístico consagra é a não-reação conservatória do património contra um ato que é devido. Por outro lado, a impugnação pauliana não implica necessariamente a impossibilidade de satisfação da obrigação, estando em causa a tutela da garantia da relação.

É claro que daí resulta a liberdade do credor de decidir qual das obrigações quer cumprir primeiro. Mas tal não contraria o sentido de que, em determinadas circunstâncias, a boa-fé pode impor, ainda no momento do cumprimento daquela obrigação, a igualdade entre os credores. No mais, mesmo que não esteja em causa o bloqueio de um comportamento do devedor que opte por cumprir apenas em relação a um credor, podemos pensar na sua exoneração quando, por facto que não lhe seja imputável, não consiga cumprir todas as obrigações que tenham a mesma prestação e decida ratear entre aqueles perante quem se vinculou esse mesmo cumprimento.

Se fundamentamente recortámos a ideia de igualdade no sentido do tratamento igualitário entre os credores no seio do direito privado, a intervenção de um ente público que impõe, de forma discricionária, embora não arbitrária, uma medida de resolução não pode deixar intocável a intencionalidade com que o princípio da igualdade vai ser compreendido⁵⁴. Na verdade, não se trata agora de compatibilizar o princípio da igualdade com o valor da autonomia privada do sujeito, mas de o integrar numa lógica de realização dos interesses que subjazem à intervenção saneadora. Ora, se o que está em causa é, para lá da salvaguarda dos interesses dos depositantes, que, porque protegidos até um determinado montante pelo Fundo de Garantia dos Depósitos, são, afinal, titulares de créditos garantidos, a tutela do erário público e do funcionamento do mercado financeiro, então, haveremos de concluir que, entrando em cena interesses públicos, isto é, de todos, a prossecução de tais finalidades não pode implicar o sacrifício de interesses particulares com desrespeito pelo princípio da igualdade. É que este princípio vem garantir que, neste domínio de atuação, um sujeito não seja chamado a suportar prejuízos superiores aos que outros que se encontram na mesma situação suportariam e, portanto, vem garantir que, para lá do risco que o sujeito assumiu, não assumam, em proporção diferente da dos demais, parte de um risco sistémico que impende sobre todos.

A grande dificuldade está em saber como, sem a presença de um rateio como aquele de que podemos lançar mão num processo insolvencial, se garante essa igualdade, no âmbito dos créditos

⁵⁴ Nesse sentido, cf. Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005, 26. Veja-se, ainda, Pais de VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, 2009, 420 s.

comuns, e, ao mesmo tempo, não se prejudica uma lógica contabilística que não pode deixar de estar presente na conformação da medida de resolução, para que ela seja eficaz. Importa, aliás, não esquecer que, na seleção dos ativos e passivos a transmitir para a instituição de transição, o valor total dos passivos e elementos extrapatrimoniais a transferir para a instituição de transição não deve exceder o valor total dos ativos transferidos da instituição de crédito objeto de resolução, acrescido, sendo caso disso, dos fundos provenientes do Fundo de Resolução, do Fundo de Garantia de Depósitos ou do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo. Em última instância pode estar inclusivamente a resolubilidade da instituição em causa.

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

b) O montante global da transmissão

Na seleção dos ativos e passivos a transmitir para a instituição de transição, o valor total dos passivos e elementos extrapatrimoniais a transferir para a instituição de transição não deve exceder o valor total dos ativos transferidos da instituição de crédito objeto de resolução, acrescido, sendo caso disso, dos fundos provenientes do Fundo de Resolução, do Fundo de Garantia de Depósitos ou do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo. Esta regra está em consonância com a ideia de eficácia da medida de resolução a que fizemos referência *supra*. De facto, a adoção da medida de resolução só é legítima se com ela se puderem realizar as finalidades para as quais foi pensada.

Por isso, a entidade com poderes de resolução reserva para si a possibilidade de decidir quais os ativos e passivos que devem ser transmitidos para a instituição de transição, podendo mesmo, depois disso e a todo o tempo, transferir outros direitos e obrigações e a titularidade de ações ou de títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução para a instituição de transição (artigo 145º Q, nº4/b) RGICSF).

Este limite terá que dialogar com o limite anteriormente referido (bem como com os demais), o que nos permite perceber o equilíbrio por vezes difícil de alcançar que se há-de estabelecer. É que a simples contemplação destes dois limites torna clara que jogam com forças dinâmicas que podem concorrer em sentido inverso⁵⁵.

c) Créditos excluídos da transmissão por determinação legal

Nos termos do artigo 145ºQ, nº3, RGICSF, não podem ser transferidos para a instituição de transição quaisquer direitos de crédito sobre a instituição de crédito objeto de resolução detidos por pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2% do capital social da instituição de crédito ou tenham sido membros dos órgãos de administração da instituição de crédito, salvo se ficar demonstrado que não estiveram, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação.

Constata-se, portanto, que o nosso legislador restringiu o leque de proibições de transmissão. Na verdade, na versão anterior do RGICSF, o artigo o artigo 145º H, nº2 do RGICSF determinava que não podiam ser transferidas para o banco de transição quaisquer obrigações contraídas pela instituição de crédito originária perante: a) os acionistas, cuja participação no momento da transferência seja igual ou superior a 2% do capital social, as pessoas ou entidades que nos dois anos anteriores à transferência tenham tido participação igual ou superior a 2% do capital social, os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização, os revisores oficiais de contas ou sociedades de revisores oficiais de contas ou as pessoas com estatuto semelhante noutras empresas que se encontrem em relação de domínio ou de grupo com a instituição financeira; b) as pessoas ou entidades que tenham sido acionistas, exercido as funções ou prestado os serviços anteriormente referidos nos quatro anos anteriores à criação do banco de transição, e cuja ação ou omissão tenha estado na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito ou tenha contribuído para o agravamento de tal

⁵⁵ Em última instância, poderá estar em causa – se as duas forças contrárias não se conseguirem harmonizar – a própria resolubilidade da instituição financeira no caso concreto.

situação; c) os cônjuges, parentes ou afins em 1º grau ou terceiros que atuem por conta das pessoas referidas nas alíneas anteriores; d) os responsáveis por factos relacionados com a instituição de crédito, ou que deles tenham tirado benefício, diretamente ou através de interposta pessoa, e que estejam na origem das dificuldades financeiras ou tenham contribuído, por ação ou omissão no âmbito das suas responsabilidades, para o agravamento de tal situação. A ideia aqui era a de responsabilizar primeiramente os acionistas, descortinando-se o pendor sancionatório anteriormente referido, bem como os órgãos que têm intervenção direta na condução da vida da instituição⁵⁶. A previsão do limiar dos 2% acaba por quadrar mal com um sentido sancionatório puro, que faça apelo a uma ideia de imputação. Enquanto as al. b) e d) exigem como requisito da responsabilização dos intervenientes nelas previstos um contributo para a situação financeira do banco ou para o seu agravamento, a referência aos 2% pode nada representar em termos imputacionais. É que estes mesmos acionistas podem não intervir, em termos materiais, na condução da vida da sociedade, consoante a distribuição, em concreto, do capital social⁵⁷. Do mesmo modo, a previsão da responsabilidade acrescida dos cônjuges, parentes ou afins em 1º grau podia contender com uma ideia de justiça material que se queira alcançar, se interpretada na sua literalidade. Na verdade, não é pelo facto de subsistir um qualquer vínculo familiar que determina necessariamente a existência de uma relação de especial proximidade entre as pessoas, embora ela se possa presumir. Sustentámos, então, não ser possível atermo-nos a um formalismo pouco consentâneo com um pensamento jurídico que se quer emancipar dos preconceitos positivistas. A atuação por conta das pessoas mencionadas nas anteriores als. a) e b) do artigo 145º H, nº2, do RGICSF devia exigir-se não só em relação aos terceiros, mas em relação

⁵⁶ É certo que algumas destas obrigações coincidiam com créditos subordinados. Podíamos, por isso, aventar que o legislador tinha consagrado esta proibição de transmissão em função da subordinação de que seriam alvo. No entanto, não cremos que seja a melhor interpretação. Na verdade, se fosse essa a *ratio* da previsão, não faria sentido destacar estas obrigações subordinadas em relação a outras. A não transmissibilidade delas para a instituição de transição seria determinada, em concreto, em função das especificidades do caso e atento o balanço patrimonial do novo banco criado para o efeito.

⁵⁷ Pense-se na ideia de participação qualificada, enquanto “participação que permita ao seu detentor, direta ou indiretamente, exercer uma influência significativa na gestão da entidade participante, presumindo-se que assim sucede se ele detiver, pelo menos, 5% dos votos; o BP pode, todavia, considerar ilidida a presunção, se não ultrapassar os 10%, segundo o artigo 13º/7 RGICSF” – cf. António Menezes CORDEIRO, *Direito bancário*, 1078. V., igualmente, com amplo desenvolvimento, págs. 1087 s., evidenciando que a percentagem relevante é de 5%, para efeitos de comunicação ao Banco de Portugal, impondo-se novas comunicações quando as percentagens detidas ultrapassem os 10%, os 33% ou os 50%. De todo o modo, o RGICSF definiu a participação qualificada como aquela que represente, direta ou indiretamente, percentagem não inferior a 10% do capital ou dos direitos de voto da instituição – cf. artigo 13º/7 RGICSF

No fundo, muitos dos acionistas que detivessem 2% do capital social poderão não ter tido qualquer influência significativa na gestão da entidade participante. Por que razão existe, então, este limite dos 2%? Parece-nos que mais do que uma ideia de responsabilidade (no sentido imputacional do termo), estamos diante de uma ideia de repartição de riscos – no fundo, o que o legislador estabelece é que o risco de (quase) insolvência de uma instituição financeira corre, primeiramente, por conta dos acionistas.

Cf., ainda, António Menezes CORDEIRO, *Direito bancário*, 1088 s., falando de participações indiretas. Sobre estas cf. artigo 13º-A e 13º-B.

aos familiares e afins referidos. A única diferença poderá estar na repartição do encargo probatório, exigindo-se aos últimos que atestem a não ligação que estaria na base da previsão legal⁵⁸⁻⁵⁹. Os problemas a que a lei conduzia foram eliminados com a revisão do diploma.

A consideração deste limite de transmissibilidade permite-nos, ademais, extrair uma conclusão. Se nele podemos descortinar um pendor sancionatório para a medida de resolução, o âmbito particularmente delimitado do limite (passe a redundância) mostra-nos que mais do que sancionar determinadas categorias de sujeitos, o legislador se preocupou em, na busca dos interesses prosseguidos por via da medida de resolução, garantir uma justa distribuição do risco de insolvência de uma instituição financeira. Nessa medida, percebe-se que, apesar de serem chamados a responder pelos prejuízos, em primeira linha, os acionistas e, em segundo lugar, os credores de acordo com a hierarquia dos créditos, se determine que nenhum pode ser prejudicado pela aplicação da medida de resolução, de tal modo que nenhum pode suportar um prejuízo superior ao que suportaria se a instituição tivesse entrado em liquidação, de acordo com o artigo 145º D/1 c) RGICSF (princípio *no creditor worse off*)⁶⁰.

No fundo, a medida de resolução, na sua intencionalidade, determina que cada um suporte os prejuízos de acordo com o risco que previamente assumiu, quando tal se mostre imprescindível para garantir as finalidades prosseguidas. Isto implica que, a partir daqui, mais do que o limite a que concretamente fizemos referência, possamos considerar a própria intencionalidade do modelo resolutivo bancário, o qual poderá ser essencial na interpretação de dados normativos vários.

⁵⁸ Cf., a este propósito, António Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 184 s., apresentando o direito bancário como um direito funcional específico, o que comporta consequências dogmáticas. Designadamente, pode fazer-se apelo a uma interpretação funcional, que permita que as “operações tendentes a, da fonte, extrair norma passem pelo crivo da operacionalidade do resultado”. Não cremos, contudo, que na interpretação que se faça das normas se possa esquecer, para lá de uma teleologia primária, o sentido do direito enquanto direito, sob pena de nessa funcionalização a que o autor alude estarmos, no fundo, a perder o âmago da juridicidade. Menezes Cordeiro, embora sem mobilizar um pensamento metodologicamente cunhado a este propósito, acaba por reconhecer isso mesmo, adiantando que “o direito – particularmente o privado – serve as pessoas e a economia real”, pelo que o moderno direito bancário tem vindo a enriquecer-se, designadamente, com questões atinentes à tutela do consumidor e ao respeito pelos direitos de personalidade.

⁵⁹ Na verdade, os familiares a que o preceito alude podem não ser mais do que simples credores da instituição financeira, sem qualquer ligação aos acionistas ou àqueles que tiveram responsabilidade na criação da situação de dificuldade. Se na *ratio* da proibição legal está uma ideia de repartição do risco, por um lado, e, por outro lado, uma ideia de sanção, fazia sentido operar uma redução teleológica do preceito, sempre que não seja possível fazer um paralelo com uma ideia de participação indireta dos familiares contidos na sua previsão.

⁶⁰ Sobre o ponto, cf. Luiz Cabral MONCADA, *Os poderes de resolução do Banco de Portugal e o Banco Espírito Santo*, http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6755/Os_poderes_resolucao_Banco_Portugal_Banco_Espirito_Santo.pdf?sequence=1, 106 s.

d) A inseparabilidade entre posições ativas e passivas: o respeito pelo sinalagma e pela acessoriedade

O artigo 145º O/6 RGICSF dispõe que a eventual transferência parcial dos direitos e obrigações para a instituição de transição não deve prejudicar a cessão integral das posições contratuais da instituição de crédito objeto de resolução, com transmissão das responsabilidades associadas aos elementos do ativo transferidos, nomeadamente no caso de contratos de garantia financeira, de operações de titularização ou de outros contratos que contenham cláusulas de compensação e de novação.

Concretizando esta ideia central, os artigos 145º AC e seguintes do RGICSF estabelecem determinados limites a que a entidade com poderes de resolução deve obedecer. Assim, nos termos do último preceito citado, o Banco de Portugal não pode transferir parcialmente os direitos e obrigações emergentes de obrigações cobertas e de contratos de financiamento estruturado nos quais a instituição de crédito de resolução seja parte e que envolvam a constituição de garantias por uma parte no contrato ou por um terceiro, incluindo operações de titularização e de cobertura de risco que sejam parte integrante da garantia global e que estejam garantidas por ativos que cubram completamente, até ao vencimento das obrigações, os compromissos daí decorrentes e que sejam afetos por privilégio ao reembolso do capital e ao pagamento dos juros devidos em caso de incumprimento, nem modificar ou extinguir os direitos e obrigações emergentes das obrigações e dos contratos mencionados na alínea anterior.

Nos termos do artigo 145º AD/1 RGICSF, o Banco de Portugal não pode transferir parcialmente os direitos e obrigações emergentes de um contrato de garantia financeira, de uma convenção de compensação ou de uma convenção de compensação e de novação, nem modificar ou extinguir os direitos e obrigações emergentes dos contratos e convenções mencionados. Do mesmo modo, o artigo 145º AE/1 RGICSF determina que o Banco de Portugal não pode transferir os ativos dados em garantia, salvo se as obrigações em causa e os direitos conferidos pela garantia foram também transferidos; transferir obrigações garantidas, salvo se os direitos conferidos pela garantia forem também transferidos; transferir os direitos conferidos pela garantia, salvo se a obrigação em causa for também transferida; modificar ou extinguir um contrato no âmbito do qual tenha sido prestada uma garantia quando o efeito dessa modificação ou extinção for a extinção dessa garantia⁶¹.

Trata-se de salvaguardas que são impostas pelo direito europeu, nos termos dos artigos 76º e seguintes Diretiva 2014/59/UE. No seu considerando 95, pode ler-se que, “a fim de preservar os acordos legítimos do mercado de capitais em caso de transferência de uma parte, mas não da

⁶¹ Cf., ainda, o artigo 145º AF RGICSF.

totalidade, dos ativos, direitos e passivos de uma instituição em situação de insolvência, importa incluir salvaguardas para evitar a divisão de passivos, direitos e contratos associados entre si, conforme o caso. Essa restrição a determinadas práticas no que respeita aos contratos associados entre si deve ser alargada aos contratos com uma mesma contraparte abrangidos por acordos de garantia, acordos de garantia financeira com transferência de titularidade, convenções de compensação recíproca, convenções de compensação e de novação com vencimento antecipado (*close-out netting agreements*) e acordos de financiamento estruturado. Sempre que as salvaguardas forem aplicadas, as autoridades de resolução devem ter a obrigação de transferir todos os contratos associados no âmbito de um acordo com garantias ou de manter todos esses contratos na instituição remanescente em situação de insolvência. Estas salvaguardas deverão garantir que não seja afetado o tratamento em termos de requisitos de capital regulamentar das exposições cobertas por um uma convenção de compensação e de novação (*netting agreement*) para efeitos da Diretiva 2013/36/EU”.

A questão que se coloca é a de saber se o artigo 145º O/6 RGICSF tem um âmbito de relevância mais amplo do que aquele que resulta concretizado por referência às realidades negociais antes mencionadas. Ora, quanto ao ponto, duas ideias podem ser avançadas no sentido de sedimentar a interpretação do preceito. As diversas realidades⁶² a que as normas fazem referência apontam-nos para a necessidade de respeitar o sinalagma que une posições ativas e passivas e a acessoriedade que caracteriza certas relações negociais.

Quanto ao sinalagma, importa não esquecer que, de acordo com as mais recentes posições na matéria, ele não deve ser compreendido de forma unívoca, perspetivado exclusivamente por referência às partes de um negócio, mas de forma complexa. Nesse sentido, Francisco Pereira Coelho aduz que “os nexos internegociais que a doutrina tradicional imputa a relevância coligativa, ou seja, aquelas conexões que permitiriam uma coligação juridicamente relevante (...) configuram, se bem virmos, conexões e consequências idênticas àquelas que se estabelecem e produzem no interior de um contrato unitário. Nexos como o de sinalagmaticidade ou o de condicionamento constituem nexos que tipicamente se desenvolvem nos quadros do círculo interno de efeitos de um contrato unitário. Por conseguinte, ocorrendo tais nexos entre efeitos negociais pertencentes a estruturas negociais aparentemente autónomas, deve entender-se que está presente, no conjunto desses negócios, um novo e unitário negócio”⁶³.

⁶² Sobre algumas destas figuras, cf. Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Almedina, Coimbra, 2015; Mário MOURÃO, *Financiamento Estruturado*, Almedina, Coimbra, 2016

⁶³ Francisco Pereira COELHO, “Coligação negocial e operações negociais complexas”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume comemorativo, 75 anos, 2003, 250 s.

Como consequência deste entendimento complexo do contrato, as contingências que afetem esta unidade (invalidade, resolução, *inter alia*) devem abranger-lo na sua globalidade e não apenas nas partes que o constituem. Percebe-se, portanto, que o Banco de Portugal na conformação da medida de resolução deva ficar limitado pelo respeito a esta complexidade contratual. Não só ela é imposta pela realidade normativa a que a medida de resolução se aplica, como a repartição do risco entre os credores que esta implica só corresponderá a uma solução que se pretende justa se as posições ativas e passivas globalmente consideradas não foram alvo de uma cisão.

O mesmo raciocínio deve-se aplicar às interconexões negociais marcadas pela nota da acessoriedade. Daí a referência às garantias prestadas.

Na verdade, em qualquer dos casos, a inseparabilidade é ditada pela intencionalidade da medida de resolução e imposta pelos princípios que a conformam, já que só a referida não cisão garante que haja uma equivalência entre os prejuízos que se suportam e os riscos que se assumiram. Por outro lado, se a medida de resolução implicasse uma desconsideração dos dados negociais, então isso poderia levar a que um mesmo sujeito suportasse duplamente perdas.

e) O respeito pela natureza do crédito

Na conformação da medida de resolução, isto é, na seleção dos ativos e passivo a transmitir, o Banco de Portugal não pode deixar de ter em consideração a realidade jurídica a que o remédio se aplica. Na verdade, só essa consideração é de molde a garantir não só as finalidades da medida, como o cumprimento dos diversos limites a que temos vindo a fazer referência. De facto, sem prévia qualificação dessa natureza, a distribuição do risco a que somos conduzidos pela transmissão de ativos e passivo para uma instituição de transição pode deixar de equivaler a uma decisão justa.

A enunciação deste limite não pode ser feita senão em termos muito genéricos. É possível, contudo concretizá-la por referência a duas hipóteses problemáticas concretas.

Depois de, em Agosto de 2014, o Banco de Portugal ter determinado quais os ativos e passivos que deveriam ser transmitidos para a instituição de transição, a entidade com poderes de resolução em Portugal veio clarificar, em Dezembro de 2015⁶⁴, que não se transferiram para aquela todos os créditos e indemnizações relacionados com a alegada anulação de determinadas cláusulas de contratos de mútuo, em que o BES era mutuante, e todas as indemnizações e créditos resultantes de

⁶⁴ Cf. Deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal de 29 de Dezembro de 2015 (“Contingências”)

anulação de operações realizadas pelo BES enquanto prestador de serviços financeiros e de investimento.

Fará sentido, de acordo com a referida decisão, a não transmissão para a instituição de transição dos créditos resultantes da anulação de determinado negócio jurídico?

Ainda que fosse outra a colocação hierárquica do crédito, v.g. se estivesse em causa um crédito subordinado, a anulação do negócio determina a destruição retroativa de todos os seus efeitos. Isto quer dizer que a instituição de crédito se pode confrontar com a existência de um crédito comum, cuja discriminação em relação aos restantes créditos comuns implicará a violação do princípio da igualdade. No fundo, ao ser invalidado o negócio, altera-se a natureza do crédito em discussão, podendo suscitar-se outro leque de problemas, já que o enquadramento legal da medida de resolução determina que devem suportar os prejuízos os acionistas e, em segundo lugar, os credores, de acordo com a hierarquia dos créditos.

Estes últimos são chamados a suportar um risco que eles próprios assumiram ao terem celebrado um negócio de natureza bancária com a instituição objeto da medida de resolução. Simplesmente, a assunção de um risco pelo investidor só corresponde a um ideal de justiça se o negócio que lhe subjaz for válido. No fundo, a atuação do Banco de Portugal, sendo discricionária, não pode olvidar a intencionalidade subjacente à modelação de uma medida de resolução. Acontece que uma determinação deste tipo acaba por ultrapassar essa intencionalidade, porque o credor de que se fala agora, sendo-o, só é na medida em que, por uma questão de justiça, se procura apagar a relação negocial que existia anteriormente. Ora, o Banco de Portugal não pode ignorar a correta ordenação de bens que o ordenamento jurídico estabelece, não pode fazer tábua rasa dos efeitos de uma invalidade. Ao fazê-lo, parece ultrapassar a intencionalidade do regime predisposto e violar os limites genéricos a que já fizemos referência. Não ignoramos, é certo, que a medida de resolução não se pode reduzir a um mero procedimento falimentar de tipo especial. Pelo contrário, ela é ditada por interesses públicos que sobressaem do leque de finalidades que com ela se prosseguem. Mas também não podemos ignorar que essa teleologia que aponta para a salvaguarda de interesses públicos não apaga totalmente a ordenação privatística das relações, ao fazer apelo à hierarquia de credores como critério de modelação da medida de resolução. O que quer dizer que a prossecução das finalidades atrás referidas é legítima na medida em que o sacrifício que é pedido a cada um seja proporcional ao risco que assumiu (validamente) anteriormente.

Quid iuris no tocante aos créditos indemnizatórios?

O Banco de Portugal formulou de modo muito amplo a exclusão de transmissão destes créditos, no quadro da medida de resolução aplicada ao Banco Espírito Santo.

Nos termos da deliberação tomada pelo Banco de Portugal, em 3 de Agosto de 2014, mantiveram-se no BES quaisquer contingências ou responsabilidades decorrentes de dolo, fraude, violação de disposições regulatórias, penais, regulamentares. Na deliberação de 11 de Agosto de 2014, determinou que a subalínea v) da alínea v) do anexo 2 da deliberação de 3 de Agosto passa a ter a seguinte redação: “quaisquer responsabilidades ou contingências, nomeadamente as decorrentes de dolo, fraude, violação de disposições regulatórias, penais, regulamentares”. A deliberação de 29 de Dezembro de 2015 – “*Perímetro*” alterou, novamente, a formulação da referida alínea, que passou a ter o seguinte teor: “quaisquer responsabilidades ou contingências, nomeadamente as decorrentes de dolo, fraude, violação de disposições regulatórias, penais, regulamentares, com exceção das contingências fiscais ativas”. Por seu turno, a deliberação de 29 de Dezembro de 2015 – “*Contingências*” veio esclarecer o âmbito da exclusão contida na alínea atrás mencionada. Considerou a esse propósito que se excluem da transmissão todos os créditos, indemnizações e despesas relacionados com ativos imobiliários que foram transferidos para o Novo Banco; todas as indemnizações relacionadas com o incumprimento de contratos assinados e celebrados antes de 3 de Agosto de 2014; todas as indemnizações relacionadas com seguros de vida, em que a seguradora era o BES; todos os créditos e indemnizações relacionados com a alegada anulação de determinadas cláusulas de contratos de mútuo, em que o BES era o mutuante; todas as indemnizações e créditos resultantes de anulação de operações realizadas pelo BES enquanto prestador de serviços financeiros e de investimento.

Daqui resulta que o Banco de Portugal tratou indiferenciadamente os diversos créditos indemnizatórios. Ora, a responsabilidade civil não pode ser entendida como um todo uniforme. Pelo contrário, no seio da designação genérica, albergam-se diversas modalidades de ressarcimento, distintas entre si. Consideremos as duas principais e clássicas: a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Enquanto a primeira resulta da violação de direitos absolutos; a segunda surge como consequência do incumprimento de uma obrigação em sentido técnico. Distinguem-se, por isso, a diversos níveis. Em primeiro lugar, ao nível do regime jurídico aplicável. Por outro lado, quando a lei se refere à responsabilidade contratual, já definiu o critério de individualização do sujeito responsável. É o próprio contrato que o faz. Diversamente, ao nível da responsabilidade extracontratual, é necessário encontrar critérios de delimitação do sujeito responsável e do círculo de potenciais credores da pretensão indemnizatória. O pressuposto da distinção é a existência de uma obrigação em sentido técnico. É a partir dessa constatação e da particularidade de o dano resultar no

âmbito desse acordo negocial que se desencadeia um regime especial de responsabilidade. Também no plano funcional as diferenças são evidentes: enquanto ao nível da responsabilidade contratual se procura dar resposta ao interesse do credor que foi preterido com o incumprimento contratual, ao nível da responsabilidade extracontratual tutelam-se bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Percebe-se, então, que contratualmente se defina *a priori* o obrigado à indemnização – aquele que se vinculou, no puro exercício da sua autonomia privada, a satisfazer aquele interesse legítimo do credor. A indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano de satisfação do interesse do credor. *In fine*, diferenciam-se no plano axiológico: a responsabilidade extracontratual baseia-se numa ideia de liberdade (positivamente entendida, que será atualizada pelo chamamento do sujeito, visto como pessoa, à sua responsabilidade – pelo outro e perante o outro), a responsabilidade contratual alicerçar-se-á (a par de uma ideia de liberdade) numa ideia de confiança⁶⁵.

Ora, partindo daqui, compreendemos que a responsabilidade contratual possa ser vista como uma hipótese de modificação objetiva da relação jurídica⁶⁶. O dever primário de prestação

⁶⁵ Para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade. A precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2005

⁶⁶ Sobre o ponto, cf. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, 428, nota 2; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença. Com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, 65 s.; Sinde MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983; Calvão da SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Almedina, Coimbra, 1987; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 9ª Edição, revista e aumentada, Coimbra, 2001, 48; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, 157; A. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão da obra publicada em 1985), 193, nota 420.

Quanto à ideia da modificação objetiva da relação jurídica, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 372.

Em sentido contrário, considerando que o dever de prestar e o dever de indemnizar são radicalmente diferentes, cf. Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 351 e Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, 1999, 44 s.; Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 94 e 226. Para Carneiro da Frada, o busílis da questão encontra-se na diferente causa de atribuição patrimonial. O dever de indemnizar “representa uma sanção do ordenamento jurídico destinada a reparar o dano da violação da especial relação patrimonial entre dois sujeitos instituída pelo contrato”.

Também Galvão Telles começou por defender uma tese dualista, embora hoje a recuse – Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, 48 e 248.

Nesta perspetiva incluem-se, ainda, Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, AAFDL, Lisboa, 1994 e *Da boa fé em direito civil*, Almedina, 2001; Menezes LEITÃO, “A responsabilidade civil do gestor perante o dono do negócio no direito civil português”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº363, Julho-Setembro, 1991, 45 a 244 (197). Na doutrina italiana, cf. CASTRONOVO, *La Nuova Responsabilità Civile*, segunda edição, Giuffrè Editore, Milão, 1996, 103. O autor entende que o dever de prestar e o dever de indemnizar não se confundem, porque entre eles interpõe-se o dano, fator que justifica a especificidade do segundo em relação ao primeiro. Não obstante, Castronovo defende a distinção entre as duas modalidades básicas de responsabilidade civil. Mas, essa diferença entre os dois deveres permite ao autor admitir a responsabilidade do terceiro cúmplice no incumprimento no âmbito da responsabilidade contratual.

No espetro do pensamento jurídico alemão, PICKER – “Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1983, 183 Band, 393 s. – defende igualmente a tese da dualidade, com base no diferente fundamento entre o dever de prestar e o dever de

transforma-se num dever secundário de indemnizar. Quer isto dizer que a responsabilidade contratual é geneticamente indissociável da obrigação que a faz avultar. Donde a sua transmissibilidade ou não fica dependente de se ter ou não transmitido a obrigação primária. Não é, por isso, viável que, na conformação da medida de resolução, a entidade com poderes para o efeito venha simplesmente excluir do perímetro de transferência os créditos indemnizatórios. É claro que, se a obrigação primária tiver permanecido na instituição objeto de resolução (no caso o BES), não é pensável a transmissão da responsabilidade inerente ao incumprimento para a instituição de transição. De outro modo, contornar-se-ia a própria eficácia da medida de intervenção em apreço.

No tocante à responsabilidade extracontratual, resultando ela de um ato ilícito e culposo e não pressupondo uma prévia obrigação que deixou de ser cumprida, não há qualquer associação a créditos cujo destino fica traçado pela conformação da medida de resolução. A ideia de imputação – associada a uma compreensão da pessoalidade livre e responsável que lhe serve de fundamento último – determina que o responsável já não coincida com aquele que detém a obrigação, mas com aquele que atuou de forma reprovável, atentos certos critérios dogmáticos que manifestam essa reprovabilidade. Nessa medida, existindo uma situação geradora de responsabilidade, a imputação será feita em relação ao banco objeto da resolução e não em relação à instituição de transição⁶⁷. Simplesmente, porque a sanção em causa é patrimonial e porque a principal finalidade do instituto aquiliano é a reparação de danos, é pensável a transmissão dessa mesma responsabilidade. Por outro lado, apesar de entrar em cena um princípio normativo (positivo, transpositivo e suprapositivo e, portanto, alicerçador da própria ideia do direito enquanto direito), o princípio da responsabilidade, porque em causa não está a exclusão desta, mas a permanência do crédito na instituição de origem, a decisão não é ilegítima. Há, apenas, que ter em conta que, porque o crédito indemnizatório pode ser configurado como um crédito comum, se poderá eventualmente levantar o problema de uma pretensa violação do princípio da igualdade⁶⁸.

Haveremos, contudo, de ter em conta que alguns autores autonomizam uma terceira via de responsabilidade civil. De facto, há determinadas situações que não configuram uma hipótese de responsabilidade extracontratual (por não estar em causa a violação de direitos absolutos), mas também não traduzem, na sua pureza, uma hipótese de responsabilidade contratual. É neste contexto

indemnizar. Enquanto este tem como fonte a lei, aquele terá como fonte o negócio jurídico. Segundo o autor, não é viável pensarmos que, ao celebrar-se um contrato, se está a prometer, em simultâneo com a promessa de uma prestação, o valor económico da mesma, isto é, a indemnização dos prejuízos causados pelo não cumprimento contratual. (cf. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 84, nota 161, num sentido concordante com o jurista germânico).

⁶⁷ No fundo, do que se trata no parágrafo antecedente é de explicar que a responsabilidade contratual é co-natural ao obrigado a cumprir. A transmissão ou não da responsabilidade fica totalmente dependente da transmissão ou não do crédito primário.

⁶⁸ Sobre o ponto, Mafalda Miranda BARBOSA, *Direito civil e sistema financeiro*, 67.

que certos autores, para fazer face a estas situações de “terra de ninguém, entre o delito e o contrato”, propõem que se fale de uma terceira via de responsabilidade civil. No fundo, a dicotomia delitual/contratual deixaria de ter correspondência perfeita com os dados sistemáticos, sendo necessário autonomizar um *tertium genus*, para o qual seriam reconduzidas as hipóteses de responsabilidade pré-contratual ou responsabilidade pela *culpa in contrahendo*, responsabilidade pela confiança, responsabilidade pela violação de deveres decorrentes da boa-fé (numa relação contratual), responsabilidade do gestor de negócios, responsabilidade nas obrigações nascidas de quase-contratos, responsabilidade pela violação de contratos com eficácia de proteção para terceiros⁶⁹. Não sendo este o momento adequado para nos pronunciarmos sobre a bondade de uma terceira via de responsabilidade civil, importa, não obstante, considerar que ela corresponde, em muitos casos, a dados sistemáticos, pelo que não poderá ser recusada. Há, porém, algumas situações que os autores integram no âmbito de uma terceira via de responsabilidade civil que julgamos que possam ser reconduzidas à responsabilidade contratual. Assim, por exemplo, nas situações de responsabilidade geradas pela violação de deveres de conduta no âmbito de uma relação obrigacional⁷⁰.

Independentemente do acerto ou não da autonomização, podemos partir de uma ideia: configurem ou não *um tertium genus*, algumas das hipóteses consideradas podem ser assimiladas ou, pelos menos, aproximadas pelo/ao âmbito de relevância contratual. De facto, em muitas delas, embora o âmbito de relevância seja menos amplo que o do regime contratual, existe ainda uma similitude bastante que, pela convocação de um fundamento material – a ideia de confiança presente em ambos os domínios –, permite sopesar mais fortemente as semelhanças que as diferenças.

Assim, nas hipóteses em que tal assimilação ou, pelo menos, aproximação se opere, a mesma lógica de inseparabilidade dos negócios jurídicos de base há-de verificar-se. Consideremos, então,

⁶⁹ Sobre a terceira via da responsabilidade civil, cf. autores como Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, 80 s; *Uma terceira via da responsabilidade civil*, 85 e *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2004, 111, nota 220; Batista MACHADO, “Tutela da confiança e venire contra factum proprium”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 117º ano, Coimbra, 1985, 377 e “A Cláusula do Razoável”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119º, 619; Menezes Leitão, “Responsabilidade civil do gestor”, 68 s; CANARIS, “Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione”, *Revista Critica del Diritto Privato*, Anno, I, nº3, Setembro de 1983. Sinde Monteiro, referindo-se especificamente aos contratos com eficácia de proteção para terceiros, considera que os deveres de proteção podem ser reconduzidos ao âmbito contratual e que o terceiro pode ser, por integração, inserido na esfera de proteção do contrato – *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 525 –, mas considera que se deve recusar a aplicação em bloco do regime da responsabilidade contratual aos casos de preterição de tais deveres, aderindo, assim, também a uma terceira via, híbrida, de responsabilidade civil – cf. 531. Manifestando-se contra uma terceira via de responsabilidade civil, cf. Mota PINTO, “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento XIV, 150; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1999, 444 e 488. Na doutrina estrangeira, veja-se, ainda e *inter alia*, CASTRONOVO, “L’obbligazione senza prestazioni ai confini tra contratto e torto”, *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Diritto Civile*, Milano, 1995, 166 s e 233, criticando a terceira via de responsabilidade civil, apesar de defender uma ideia de responsabilidade pela confiança.

⁷⁰ Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade*, 1ª parte, cap. II

duas hipóteses partindo do pressuposto da assimilação/aproximação. Se o negócio celebrado a partir do qual se vai desencadear, por exemplo, uma hipótese de responsabilidade pré-contratual tiver sido transmitido para a instituição de transição, então a obrigação de indemnização também se transmitiu; se, pelo contrário, esse negócio se mantiver na esfera da instituição objeto de resolução, então a transmissão não se opera⁷¹.

3. Conclusões

A eficácia da medida de resolução fica dependente da capacidade que a entidade responsável pela sua aplicação tenha de poder conformar livremente o seu conteúdo. No tocante à transferência de parte dos ativos e passivo para uma instituição de transição, é fundamental que tal entidade possa selecionar com base da determinação do valor do passivo e do ativo os créditos e obrigações a transferir. Simplesmente, essa liberdade não é absoluta, devendo respeitar não só a teleologia do regime da resolução, como também os princípios normativos e a conformação das relações privadas que, antes da intervenção, se estabeleceram entre o banco e os diversos sujeitos que com ele interagem.

⁷¹ Pensemos, por exemplo, na celebração de um contrato que, sendo válido, é desvantajoso, por se terem violado determinados deveres de informação. De outro modo não poderia ser, dado que a indemnização se poderia traduzir, atentos determinados limites, na desvinculação do contrato, já que o nosso ordenamento jurídico dá primazia à reconstituição natural em detrimento da indemnização em dinheiro. Ora, como cindir esta responsabilidade da esfera jurídica onde se encontra o contrato? Ela é absolutamente incindível do negócio que lhe deu origem.

Aqui chegados, não podemos senão manifestar algumas dúvidas. Pensemos, na verdade, na hipótese de responsabilidade pré-contratual pela celebração de um negócio inválido, que foi mantido, inicialmente, na esfera jurídica do banco objeto da medida de resolução. Uma vez anulado, o negócio desaparece. O que quer dizer que ele não perdura nem na esfera jurídica da instituição objeto de resolução. Assim sendo, pergunta-se se a exclusão de transmissão não implica que assumo o risco que é repartido pelo regime da resolução um sujeito que, de todo o modo, não está validamente vinculado negocialmente à instituição financeira. A mesma questão se poderia colocar, aliás, por referência aos credores de uma indemnização assente na responsabilidade extracontratual.

