

1. Introdução. Enquadramentos

Até ao início da crise de 2007-2008 não havia muita experiência internacional relativamente a grandes e complexos bancos em dificuldades, com atividade espalhada por muitas jurisdições². Sobretudo, quando várias dessas instituições ficam na mesma situação ao mesmo tempo.

A Diretiva 2001/24/CE já existia: dizia respeito ao saneamento e liquidação de instituições de crédito, mas mostrou-se insuficiente. E isto sobretudo por causa das lacunas relativas aos grupos bancários de dimensão comunitária, às ajudas de Estado e à gestão dos bancos «em crise». O próprio regime nacional de liquidação de instituições de crédito é de 2006: estou a referir-me ao DL 199/2006, de 25 de outubro.

O regime geral de insolvência não é muito adequado para bancos. Basta pensar que a declaração de insolvência tem como efeito geral nos contratos bilaterais ainda não totalmente executados por qualquer das partes a suspensão dos mesmos, nos termos do art. 102.º do CIRE. É preciso não esquecer que, num banco, os credores são também os clientes. Os riscos de contágio não podem igualmente ser menosprezados.

A partir de 2007/2008, passou a ser dada muito mais atenção à regulação e supervisão dos bancos. Ao nível da supervisão macroprudencial, salientamos o surgimento do Comité Europeu do Risco Sistémico (ESRB) (Regulamento 1092/2010)

No plano microprudencial, emergiu o Sistema Europeu de Supervisores Financeiros (ESFS), que é uma rede formada pelos supervisores nacionais, pelo Comité Europeu do Risco Sistémico e pelas Autoridades Europeias de Supervisão (ESAs):

* **Nota inserida a 03/11/2021, na sequência de solicitação do autor:** Este texto constituiu o fio condutor de uma conferência sobre o tema que o autor proferiu no Tribunal de Contas em 27 de março de 2019 no âmbito de um Colóquio sobre «A estabilidade do sistema financeiro e a resolução bancária». É publicado como então foi apresentado e, por isso, com as inerentes consequências quanto ao desenvolvimento dado aos assuntos abordados.

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

² Referindo os casos do Bankhaus Herstatt, do Barings plc, do Banco Ambrosiano e do BCCI, JENS-HINRICH BINDER, «Resolution: concepts, requirements, and tools», p. 29.

As Autoridades Europeias de Supervisão são as seguintes: a Autoridade Bancária Europeia (*European Banking Authority* – EBA, Regulamento 1093/2010³); a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (*European Insurance and Occupational Pensions Authority* – EIOPA, Regulamento 1094/2010); e a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (*European Securities and Markets Authority* – ESMA, Regulamento 1095/2010). V tb Diretiva 2010/78/UE.

Em 2010, a Comissão apresentou uma Comunicação intitulada *Um enquadramento da UE para a gestão de crises no sector financeiro* (COM 2010 579 final). Nessa altura, a Comissão já dava conta de que o «enquadramento da gestão de crises» que estava a desenvolver abrangia «três classes de medidas: medidas preparatórias e preventivas; intervenção precoce da supervisão; e instrumentos e poderes de resolução».

Posteriormente, surgiram a Comunicação *Roteiro para uma União Bancária* (COM 2012 510 final), a Comunicação *Plano pormenorizado para uma União Económica e Monetária efetiva e aprofundada. Lançamento de um debate a nível europeu* (COM 2012 777 final), o Relatório dos Quatro Presidentes *Rumo a uma verdadeira União Económica e Monetária* (EUCO 120/12, 2012) e o Relatório dos Cinco Presidentes *Concluir a União Económica e Monetária Europeia* (2015).

Entretanto, tivemos: a Diretiva dos Requisitos de Capital, ou Capital Requirements Directive (CRD IV), que é a Diretiva 2013/36/EU; o Regulamento dos Requisitos de Capital, ou Capital Requirements Regulation (CRR), que é o Regulamento 575/2013; o Regulamento do Mecanismo Único de Supervisão, que é o Regulamento 1024/2013, ou RMUS; a Diretiva da Resolução, que é a Diretiva 2014/59; o Regulamento do Mecanismo Único de Resolução, ou RMUR, que é o Regulamento 806/2014.

O RGIC foi sendo sucessivamente alterado. Com ele temos de lidar também.

2. Tentando evitar o mal maior

Se uma instituição de crédito enfrenta uma crise grave, as grandes alternativas geralmente apresentadas são três: aplicar o regime da insolvência, fazer o *bail-out* com dinheiro público ou a resolução⁴.

³ A EBA, como entidade reguladora, tem, designadamente, a responsabilidade de elaborar normas técnicas vinculativas para aplicação da Diretiva da Resolução.

⁴ Sobre isto, chamando à resolução uma «third way», JOHN ARMOUR et. al., *Principles of Financial Regulation*, OUP, Oxford, 2016, p. 343.

Antes dessa crise grave chegar, podem surgir outros momentos: momentos em que é possível recuperar ou intervir precocemente.

A intervenção precoce está prevista, nomeadamente, no art. 16.º do RMUS, no art. 13.º do RMUR, nos arts. 27., 28.º, 29.º da Diretiva da Resolução e no art. 104.º da CRD. No RGIC, surge no art. 141 a referência à intervenção corretiva. O art. 145.º do RGIC, por sua vez, confere ao Banco de Portugal poderes para suspender ou destituir membros do órgão de administração de instituição de crédito em certos casos, e o art. 145.º-A admite a designação de administradores provisórios.

Para acompanhar a situação das instituições de crédito, uma supervisão adequada é fundamental. Essa supervisão deve ser efetuada por uma autoridade de supervisão. A resolução, por seu lado, deve ser efetuada por uma autoridade de resolução.

Na União Europeia, há para os Estados-Membros participantes um Mecanismo Único de Supervisão e um Mecanismo Único de Resolução. São Estados-Membros participantes os que adotaram o euro como moeda e os que instituíram cooperação estreita nos termos do art. 7.º do RMUS (v. o art. 4.º, 1, do Regulamento (UE) 806/2014⁵).

No Mecanismo Único de Supervisão o BCE desempenha um papel fundamental na supervisão. O Regulamento 1024/2013 estabeleceu o MUS.

Para a supervisão, são fundamentais a Diretiva 2013/36/EU (Capital Requirements Directive ou CRD) e o Regulamento 575/2013 (Capital Requirements Regulation ou CRR).

No Mecanismo Único de Resolução é o Conselho Único de Resolução que decide se adota ou não um programa de resolução. O MUR foi estabelecido pelo Regulamento 806/2014 (RMUR). Ao colocar a um nível supranacional a decisão de resolução, a possibilidade de a decisão ser atrasada por razões relacionadas com a política nacional torna-se mais remota. Nomeadamente, quando as instituições em causa são titulares de instrumentos de dívida soberana.

O MUS, o MUR, o FUR e, eventualmente, o SESD formarão a União Bancária para a Zona euro.

Em Portugal, até agora, o Banco de Portugal tem desenvolvido as funções de autoridade de supervisão e de autoridade de resolução. E isto é, em abstrato, um problema. Se juntarmos na mesma entidade ambas as competências, há o risco de, na adoção de medidas de resolução, procurar branquear o que possa ter corrido mal na supervisão. O *gambling for resurrection* pode igualmente ocorrer: atrasam-se as medidas na esperança de não serem necessárias e porque se receia que sejam detetadas possíveis

⁵ MICHAEL SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, p. 144, nt. 54, elenca como possíveis vantagens dessa cooperação as seguintes: a possibilidade de usar o Fundo Único de Resolução, o prestígio da supervisão do BCE, a possibilidade de participar na supervisão de filiais e sucursais de instituições da Zona Euro. Por sua vez, LUIS HINOJOSA-MARTÍNEZ, «Chapter 5: The Role of the ECB in the Supervision of Credit Institutions», p. 57, acrescenta que a supervisão pelo BCE pode melhorar o *rating* da instituição em causa e aumentar a sua capacidade de financiamento. Esses e outros argumentos não chegaram para influenciar os que votaram a favor do Brexit.

falhas na supervisão. Aparentemente, o Governo já aprovou uma proposta de lei que enfrentará esse aspeto menos positivo do nosso regime jurídico interno. Veremos o que sai no final.

A legislação nacional tem de respeitar o disposto na Diretiva da Resolução, ou Diretiva 2014/59/EU (Bank Recovery and Resolution Directive ou BRRD). É um documento muito importante não apenas para o MUR, mas também para as autoridades nacionais de resolução.

3. Continuando a tentar. Antes da resolução, a recuperação. Os planos de recuperação

Pode não ser necessário chegar à resolução ou à liquidação da instituição de crédito. Para prevenir a possibilidade de surgirem problemas, pretende-se, em primeiro lugar, que as instituições tenham planos de recuperação, que não se confundem com os planos de resolução.

Quanto ao BCE, este tem também atribuições de supervisão no que respeita aos planos de recuperação das entidades sujeitas à respetiva supervisão, como decorre do art. 4.º, 1, i), do RMUS.

No caso das instituições de créditos supervisionadas pelo BCE, este transmite ao CUR o plano de recuperação ou o plano de recuperação de grupo para o CUR o analisar. Além disso, as autoridades nacionais vão coadjuvar o BCE (n.º 3 do art. 6.º do RMUS). O art. 10.º, 2, do RMUS mostra que na apreciação do plano de recuperação ou de recuperação de grupo o CUR irá procurar « identificar as eventuais medidas do referido plano que possam afetar a resolubilidade».

No RGIC, os planos de recuperação encontram-se regulados nos arts. 116.º-D e 116.º-H. São elaborados pela instituição de crédito e apresentadas ao Banco de Portugal. Estão também sujeitos à necessidade de revisão periódica. Em certos casos, pode haver uma obrigação simplificada quanto a alguns aspetos do plano de recuperação (art. 116.º-E). Esses planos de recuperação devem incluir muitos elementos, enumerados nos preceitos referidos. Saliento o n.º 4 do art. 116.º, D: o plano de recuperação não deve pressupor o acesso a apoio financeiro público extraordinário.

O plano de recuperação é avaliado pelo Banco de Portugal, o mesmo sucedendo com o plano de recuperação de grupo (v. arts., e art. 7.º da Diretiva da Resolução).

Os planos de recuperação estão previstos nos arts. 5.º-9.º da Diretiva da Resolução. De acordo com a Diretiva da Resolução, os planos de recuperação são apresentados às autoridades de resolução e estas podem analisá-los para verificarem se existem medidas que possam afetar negativamente a resolubilidade de cada instituição (art. 6.º, 4, da Diretiva da Resolução).

4. Planos de recuperação e grupos transfronteiriços

A atividade das instituições financeiras desenvolve-se frequentemente com o recurso à constituição de grupos transfronteiriços.

É importante começar por dizer que está prevista a existência de uma autoridade de supervisão em base consolidada. O art. 111.º da CRD é fundamental para saber que autoridade é que vai desempenhar essas funções.

A empresa-mãe sujeita a supervisão consolidada tem de submeter um plano de recuperação de grupo (art. 7.º, 1, da Diretiva da Resolução). Eventualmente, pode ser exigido um plano de recuperação de subsidiárias (Diretiva da Resolução, art. 7.º, 2; v. tb. art. 4.º, 10).

No RGIC, v. os arts. 116.º-H e 116.º-I. Quanto às atribuições do BCE, v. os arts. 4.º, 1, i)⁶, e 6.º, 6, do RMUS.

5. Dos significativos e dos menos significativos

Para sabermos o que é supervisionado pelo BCE é fundamental ter presente a distinção entre entidades ou grupos significativos, grupos transfronteiriços e entidades ou grupos menos significativos. Essa distinção é feita com base no art. 6.º do RMUS. Para além do art. 6.º, tb. o art. 4.º é fundamental para se compreender o que fica sujeito a essa supervisão.

Com efeito, o art. 4.º, 1, do RMUS começa por estabelecer que, «Nos termos do artigo 6.º, cabe ao BCE, de acordo com o n.º 3 do presente artigo, exercer em exclusivo, para fins de supervisão prudencial, as seguintes atribuições relativamente à totalidade das instituições de crédito estabelecidas nos Estados-Membros participantes». Temos, depois, uma longa lista de atribuições. No entanto, essas atribuições cabem ao BCE nos termos do art. 6.º.

Neste art. 6.º destaco o n.º 4. Nele surgem referidas as chamadas instituições de crédito (ou sucursais de instituições de crédito estabelecidas em Estados-Membros não participantes) ditas menos significativas (LSI ou Less Significant Institutions). A expressão usada é mais extensa: são as instituições de crédito menos significativas em base consolidada ao nível mais elevado de consolidação nos Estados Membros participantes, ou individualmente no caso das sucursais de instituições de crédito estabelecidas em Estados -Membros não participantes. Quanto a estas entidades menos significativas, que o Regulamento caracteriza, o n.º 6 do mesmo art. 6.º acrescenta

⁶ «Exercer atribuições de supervisão no que respeita aos planos de recuperação e a uma intervenção precoce quando uma instituição de crédito ou grupo de que o BCE seja a autoridade responsável pela supervisão em base consolidada [...]».

que são as autoridades nacionais competentes que exercem e são responsáveis por várias atribuições de supervisão referidas no art. 4.º do RMUS (as das als. b), d) a g) e i) do n.º 1). Isto, tendo em conta o que também se extrai do n.º 7 quanto ao enquadramento das atividades.

As entidades ou grupos menos significativos ficarão, em regra, sujeitas à supervisão das autoridades nacionais de supervisão e à resolução pelas autoridades nacionais de resolução. Mas o BCE pode chamar a si a supervisão de instituições menos significativas. As LSI poderão ser de Prioridade Elevada, Média ou Baixa.

Note-se, porém, que o sistema é dual. O BCE tem alguns poderes de supervisão em relação à totalidade das instituições de crédito estabelecidas nos Estados-Membros participantes (art. 4.º, 1, RMUS). O BCE atuará como uma espécie de supervisor dos supervisores quanto às entidades menos significativas.

Por outro lado, não chega a haver total desnacionalização da supervisão mesmo em relação às entidades e grupos supervisionados pelo BCE.

Por exemplo: o BCE tem competência para conceder e revogar a autorização a instituições de crédito nos termos do art. 4.º, 1, a), do RMUS. Mas o pedido de autorização é apresentado à autoridade nacional competente (art. 14.º, 1, RMUS). É a autoridade nacional competente que verifica se o requerente preenche as condições da legislação nacional e que propõe ao BCE um projeto de decisão de autorização.

Quanto às entidades significativas, o BCE tem amplas competências de supervisão. A supervisão pelo BCE obrigou inicialmente à verificação do cumprimento dos requisitos do capital com avaliação da qualidade dos ativos e à sujeição a testes de stress (o chamado Comprehensive Assessment), o que colocou muitas dificuldades aos bancos em causa. Ao BCE cabem amplas competências em matéria de planeamento da resolução e de intervenção precoce.

No plano da resolução, vemos que a distribuição de competências entre o CUR e as autoridades nacionais de resolução segue a que tem lugar ao nível da supervisão.

O art. 7.º do RMUR é fundamental. Dele retiramos que, sem prejuízo das disposições do art. 31.º, 1, o CUR é responsável por elaborar planos de resolução e por adotar todas as decisões relacionadas com a resolução das instituições de crédito e grupos que não são considerados menos significativos nos termos do art. 6.º, 4, do RMUS, bem como para as entidades e grupos que, sendo menos significativos, tenham ficado sujeitas a supervisão do BCE por decisão deste.

6. Antes da resolução, os planos de resolução

A desgraça não é uma coisa boa. Mas a desgraça organizada é menos má. E até pode gerar oportunidades que não surgiriam de outra forma.

Os planos de resolução são uma forma de organizar a desgraça. Além disso, funcionam como estímulo para reduzir a complexidade. Se temos que planejar alguma coisa para uma organização, quanto mais simples ela for, menos trabalho teremos.

Se os planos de recuperação são elaborados pelas instituições supervisionadas, os planos de resolução são elaborados pela entidade com competência para tomar as decisões no âmbito da resolução. A separação plano de recuperação/plano de resolução já foi criticada por alguns. Os planos de recuperação e de resolução são vistos como uma espécie de *living will*.

O CUR tem competência para elaborar e adotar planos de resolução para várias entidades e grupos (art. 8.º RMUR). Quanto às instituições de crédito, o CUR elabora e adota os planos de resolução para as entidades que não fazem parte de grupo ou para os grupos que não sejam considerados menos significativos, as entidades em relação às quais o BCE tenha decidido exercer diretamente todos os poderes de supervisão e ainda os grupos transfronteiriços.

O CUR pode também chamar a si a responsabilidade de planejar a resolução de outras instituições se o considerar necessário para garantir a aplicação de elevados padrões de resolução.

E os Estados-Membros também podem decidir que o CUR é a autoridade de resolução para outras instituições estabelecidas no seu território.

O CUR pode aplicar apenas obrigações simplificadas ou até isentar da obrigação de ter planos de resolução. Mas isso é assim para instituições mais pequenas, menos complexas e com menos risco.

No caso do plano de resolução ao nível do grupo, vai dizer respeito a todo o grupo. E isto tanto através da resolução ao nível da empresa-mãe da União, como através da separação e resolução de filiais (art. 8.º, 10, RMUR).

Os *planos de resolução a nível do grupo* identificam medidas de resolução da empresa-mãe ou de filiais ou sub-grupos (RMUR, 8.º, 10, Diretiva, 12, 1). A elaboração dos planos de resolução terá lugar pela autoridade de resolução ao nível do grupo nos termos do art. 13.º, 2, da Diretiva da Resolução. Mas é fundamental ter presente que no art. 5.º, 1, do RMUR se lê o seguinte: «Sempre que, por força do presente regulamento, o CUR exerce as competências e os poderes que, de acordo com a Diretiva 2014/59/UE, devam ser exercidos pela autoridade nacional de resolução, o CUR, para efeitos de aplicação do presente regulamento e da Diretiva 2014/59/UE, é considerado a autoridade

nacional de resolução competente *ou, em caso de resolução relativa a grupos transfronteiriços, a autoridade de resolução competente a nível do grupo*» (itálico nosso).

As decisões são tomadas no âmbito de um processo complexo, que envolve a autoridade de resolução ao nível do grupo, e as autoridades de resolução e competentes ao nível das filiais (v. o art. 13.º da Diretiva da Resolução).

Quanto às instituições de crédito que não têm os planos de resolução adotados pelo CUR, *cabe às autoridades nacionais de resolução a adoção dos planos de resolução* (art. 7.º, 3, e 9.º do RMUR). No caso de Portugal, os arts. 116.º-J e K do RGIC preveem que esses planos de resolução sejam elaborados pelo Banco de Portugal. Isto, naturalmente, quanto às instituições de crédito estabelecidas em Portugal que não façam parte de grupo sujeito a supervisão em base consolidada por parte de autoridade de supervisão de um Estado-Membro da União Europeia e para cada grupo sujeito à sua supervisão em base consolidada. O legislador nacional tem de ter em atenção o que resulta da Diretiva da Resolução (art. 10.º) e da Diretiva dos Requisitos de Capital (v. os arts. 111.º e 112.º)

7. O CUR APROVA O PROGRAMA DE RESOLUÇÃO

7.1. A iniciativa

Começamos pelos casos em que compete ao CUR decidir pela resolução.

Perante uma situação de insolvência ou de risco de insolvência, o BCE, em princípio, comunica isso à Comissão e ao CUR (art. 18.º, 1, 4 do RMUR). O CUR, perante a comunicação ou até por sua iniciativa, avalia se a resolução é possível e necessária, atendendo ao interesse público. Se é por sua iniciativa, tem de consultar o BCE para este avaliar se entidade está em situação de insolvência ou de risco de insolvência.

O programa de resolução pode seguir o plano de resolução, a não ser que o CUR entenda que os objetivos da resolução serão atingidos com mais eficácia através de outras medidas.

7.2. Condições de aprovação do programa de resolução pelo CUR

O programa de resolução será aprovado pelo CUR se considerar que estão verificadas certas condições (art. 18.º RMUR):

- a) Entidade em situação ou em risco de insolvência

- b) Não há perspectiva razoável de ser impedida a sua insolvência num prazo razoável por ação alternativa do setor privado ou por ação de supervisão (intervenção precoce, redução ou conversão de instrumentos de capital relevantes);
- c) Necessária medida de resolução par defesa do interesse público.
- d) A escolha e aplicação dos instrumentos e poderes de resolução deve ter em conta *objetivos* da resolução. Por isso, deve ser uma escolha que melhor permita atingir esses objetivos.

7.3. Objetivos da resolução

Os *objetivos* da resolução são os seguintes (cfr. o art. 14.º, 2, RMUR⁷):

- a) Assegurar a *continuidade das funções críticas*;
- b) Evitar *efeitos adversos significativos sobre a estabilidade financeira*, nomeadamente evitando o contágio, inclusive das infraestruturas de mercado, e mantendo a disciplina do mercado;
- c) *Proteger as finanças públicas*, limitando o recurso ao apoio financeiro público extraordinário;
- d) *Proteger os depositantes* abrangidos pela Diretiva 2014/49/EU e os *investidores* abrangidos pela Diretiva 97/9/CE (relativa aos sistemas de indemnização dos investidores);
- e) *Proteger os fundos e ativos dos clientes*.

7.4. Os princípios gerais que regem a resolução pelo CUR

A medida de resolução é adotada de acordo com vários *princípios* (os *princípios gerais* que regem a resolução – art. 15.º RMUR⁸):

- a) Os *acionistas* da instituição objeto de resolução são os *primeiros a suportar as perdas*⁹;
- b) Os *credores* da instituição objeto de resolução *suportam perdas a seguir aos acionistas* em conformidade com a ordem de prioridade dos créditos, nos termos do artigo 17.º, salvo disposição expressa em contrário contida no RMUR;
- c) O *órgão de administração* e a *direção de topo* da instituição objeto de resolução são *substituídos*, exceto nos casos em que a manutenção do órgão de administração e da direção de topo, no todo ou em parte, de acordo com as circunstâncias, é considerada necessária para a realização dos objetivos da resolução;

⁷ V. tb. o art. 31.º, 2, da Diretiva da Resolução.

⁸ Cfr. tb. o art. 34.º da Diretiva da Resolução.

⁹ Trata-se, como é sabido, de um regime que visa combater o risco moral: cfr. MARIA NIETO, «Chapter 7: Regulatory Coordination in the Banking Union», p. 91.

- d) O *órgão de administração* e a *direção de topo* da instituição objeto de resolução prestam toda a *assistência* necessária para a consecução dos objetivos da resolução;
- e) As *pessoas singulares e coletivas respondem*, nos termos direito civil ou penal nacional, pela sua responsabilidade na situação de *insolvência* da instituição objeto de resolução;
- f) Salvo disposição em contrário contida no RMUR, os credores da mesma categoria são tratados de forma equitativa¹⁰;
- g) *Nenhum credor deve suportar perdas mais elevadas* do que teria tido de incorrer se a entidade referida no artigo 2.º tivesse sido *liquidada ao abrigo de um processo normal de insolvência* de acordo com as salvaguardas previstas no artigo 29.º;
- h) Os *depósitos cobertos são inteiramente protegidos*;
- i) A medida de resolução é adotada de acordo com as *salvaguardas* previstas no RMUR.

São princípios mais completos do que os previstos no art. 145.º-D do RGIC. Este último preceito apenas se preocupa com uma vertente do problema: a que tem a ver com a repartição das perdas¹¹.

7.5. A avaliação

A avaliação (e os termos em que a mesma é ou deve ser efetuada) é uma questão central para saber se as condições para a resolução estão preenchidas e para as decisões a tomar. São particularmente importantes os arts. 20.º do RMUR e 36.º da Diretiva da Resolução.

Para a escolha das medidas e poderes de resolução é exigida avaliação prévia de ativos e passivos (art. 20.º, 1, RMUR). Essa avaliação deve ser feita por pessoa independente e, se cumprir os requisitos estabelecidos, torna-se definitiva (art. 20.º, 2, RMUR). Eventualmente, se a avaliação *ex ante* dos ativos e passivos não é independente, então é apenas provisória (art. 20.º, 3, do RMUR). Nesse caso, será necessária uma avaliação *ex post* independente (art. 2.º, 11, do RMUR)¹².

Será sempre necessária uma outra avaliação posterior, a «fim de avaliar se os acionistas e os credores teriam recebido um tratamento mais favorável se a instituição objeto de resolução tivesse entrado num processo normal de insolvência» (art. 20.º, 16, do RMUR).

No RGIC, a avaliação para efeitos de resolução está prevista no art. 145.º-H.

¹⁰ E não, necessariamente, todos da mesma maneira (i.é, com igualdade). Sobre isto, escrevia assim SVEN SCHELO, p. 87: «As long as the treatments are economically comparable, they may seem equitable albeit not identical».

¹¹ Chamando a atenção para isso mesmo, ENGRÁCIA ANTUNES, «The management of the Bank Crisis in Portugal – Law and Practice», EBI Working Paper Series, 2017, n.º 4, p. 29.

¹² A urgência que envolverá as resoluções «de fim de semana» pode impor a realização de avaliações provisórias.

7.6. Aprovação do programa de resolução pelo CUR

É com a aprovação de um programa de resolução que a entidade fica sob resolução (art. 18.º, 6, a), do RMUR). Compete ao CUR aprovar o programa de resolução em relação às entidades e grupos mencionados nos arts. 7.º, 2, 7.º, 4, b), 7.º, 5 do RMUR e, ainda, sempre que a medida de resolução requerer a utilização do FUR.

7.7. Depois da adoção do programa de resolução pelo CUR

Adotado o programa de resolução, o CUR tem que o transmitir no prazo de 24 horas à Comissão. Em certos casos, é a Comissão que pode apresentar objeções (os aspetos discricionários). Noutros casos, a Comissão pode propor ao Conselho, no prazo de 12 horas, que formule objeções ao programa de resolução (por não preencher o critério do interesse público) e que aprove ou formule objeções a uma alteração significativa do montante do Fundo previsto no programa de resolução do CUR. Daí pode resultar, nuns casos, a necessidade de o CUR alterar a proposta, ou noutros casos, a liquidação da instituição (art. 18.º, 8, RMUR).

O programa de resolução adotado será executado pelas autoridades nacionais de resolução competentes, instruídas para o efeito (art. 18.º, 9, 29.º RMUR).

7.8. Câmara de Recurso

O art. 85.º do RMUR tem o regime da Câmara de Recurso, para que se pode recorrer de várias decisões do CUR. Das decisões da Câmara de Recurso pode recorrer-se para o Tribunal de Justiça. Também se pode recorrer para o TJ de decisões do CUR que não admitem recurso para a Câmara de Recurso.

7.9. A resolução e os grupos transfronteiriços

As intervenções podem justificar-se ao nível das filiais, das empresas-mãe ou de umas e outras. Além disso, uma intervenção numa filial pode ter consequências noutras filiais ou, até, na empresa-mãe, e vice-versa.

A Diretiva da Resolução dedica especial atenção aos grupos transfronteiriços¹³. O RMUR também se ocupa desses grupos. Pedra de toque do regime é a medida em que é aplicável o MUR.

¹³ Sobre a influência dos *Key Attributes of Effective Resolution Regimes*, MARIA NIETO, «Third Country relations in the Directive establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions», in JENS-HINRICH BINDER/DALVINDER SINGH (ed.), *Bank Resolution. The European Regime*, p. 138.

Nomeadamente, se o grupo inclui entidades de fora da Zona Euro, mas de Estados-Membros da União Europeia, ou se inclui entidades de países terceiros¹⁴.

Como vimos antes (mas convém lembrar), o art. 5.º, 1, do RMUR estabelece o seguinte: «Sempre que, por força do presente regulamento, o CUR exerce as competências e os poderes que, de acordo com a Diretiva 2014/59/UE, devam ser exercidos pela autoridade nacional de resolução, o CUR, para efeitos de aplicação do presente regulamento e da Diretiva 2014/59/UE, é considerado a autoridade nacional de resolução competente *ou, em caso de resolução relativa a grupos transfronteiriços, a autoridade de resolução competente a nível do grupo*» (itálico nosso).

Grupo transfronteiriço é, de acordo com o art. 2.º, 1, 27), da Diretiva da Resolução, um «grupo que tem entidades estabelecidas em mais de um Estado-Membro». Pode, por isso, integrar entidades estabelecidas em um ou mais Estados-Membros não participantes. Já o art. 3.º, 1, 24), do RMUR define-o como «um grupo que tem entidades conforme referidas no artigo 2.º, estabelecidas em mais do que um Estado-Membro participante».

No âmbito do MUR, o CUR é responsável por elaborar os planos de resolução e adotar todas as decisões relacionadas com a resolução para grupos significativos e outros grupos transfronteiriços (art. 7.º, 2, do RMUR), para além dos casos em que decide exercer diretamente os poderes pertinentes. No entanto, e como foi dito inicialmente, o grupo transfronteiriço pode envolver entidades de Estados-Membros não participantes.

8. A ADOÇÃO DE MEDIDAS DE RESOLUÇÃO PELO BANCO DE PORTUGAL

O Banco de Portugal pode adotar medidas de resolução (v. o ponto 5) se considerar que seriam insuficientes as medidas de intervenção corretiva. A medida de resolução terá de ser necessária para garantir o cumprimento das finalidades do art. 145.-C, 1, e se reunidos os requisitos do art. 145.ºE, 2, do RGIC.

O Banco de Portugal só pode adotar medidas de resolução tendo em vista salvaguardar a solidez financeira da instituição de crédito, os interesses dos depositantes ou a estabilidade do sistema financeiro. A aplicação das medidas está sujeita 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 (art. 138.º RGIC).

¹⁴ MICHAEL SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, p. 516.

9. PAGAR

9.1. O FUR

O financiamento da resolução é um tema de grande importância. Trata-se de saber se o dinheiro dos contribuintes tem ou não que ser utilizado para salvar bancos. A criação de um fundo suportado pelo sector em causa funciona também como uma taxa sobre o risco¹⁵. Claro que há riscos: o risco moral, o risco de não ser suficiente...

No âmbito da União Bancária, o MUR assenta num Fundo Único de Resolução (FUR). O RMUR prevê o FUR nos arts. 67-79. Este recolhe recursos junto das entidades da Zona Euro abrangidas – art. 67.º, 4 – e as contribuições daquelas são vistas como algo que é semelhante a um prémio de seguro¹⁶. Estão previstas contribuições *ex ante*, *ex post*, empréstimos junto de mecanismos de financiamento da resolução de Estados-Membros não participantes e meios alternativos de financiamento¹⁷.

O Fundo será utilizado apenas na medida do necessário para aplicação eficaz dos instrumentos de resolução (76.º, 1) para os fins indicados no Regulamento. Não pode ser usado diretamente para absorver perdas nem para recapitalizar as entidades do art. 2.º e só pode ser utilizado até uma percentagem das obrigações da instituição resolvida (5%).

Esse fundo pertence ao CUR. Os meios financeiros disponíveis do Fundo devem atingir pelo menos 1 % do montante dos depósitos cobertos de todas as instituições de crédito autorizadas de todos os Estados-Membros participantes¹⁸. Fala-se de um valor estimado de 55 biliões de euros e há quem se refira à necessidade de atingir cerca de 420 biliões¹⁹ (aparentemente, estará a ser usada a «escala curta» - biliões = milhares de milhões).

Numa primeira fase, o Fundo está dividido em compartimentos nacionais. Posteriormente, e de forma progressiva, serão mutualizados. Durante o período de transição, os Estados-Membros participantes

¹⁵ MICHAEL SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, p. 312.

¹⁶ HANNES HUHTANIEMI/MARIO NAVA/EMILIANO TORNESE, «Chapter 8: The Establishment of a EU-Wide Framework», p. 109.

¹⁷ Para a compreensão do regime do FUR é fundamental a leitura do «Acordo relativo à transferência e mutualização das contribuições para o Fundo Único de Resolução»: cfr. o que escrevemos em ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Medidas de resolução das instituições de crédito: a transferência da atividade para um banco de transição», cit., p. 54. Quanto às contribuições *ex ante*, v. tb. o Regulamento Delegado (UE) 2015/63 e o Regulamento de Execução (UE) 2015/81.

¹⁸ F. FABBRINI, «On Banks, Courts, and International Law: The Intergovernmental Agreement on the Single Resolution Fund in Context», *MaastrichtJECL*, 2014, p. 444 e ss.. Criticando, com razão, a ligação ao montante dos depósitos cobertos, pois faria mais sentido ter em conta as responsabilidades ou os ativos e o respetivo risco, DANIEL GROS, «Chapter 10: Deposit Insurance», p. 141.

¹⁹ ENGRÁCIA ANTUNES, «The management of the Bank Crisis in Portugal – Law and Practice», p. 40. Considerando também que 55 biliões (na escala curta?) é um valor insuficiente olhando para a dimensão de alguns bancos europeus, VASSO IOANNIDOU, «Chapter 2: Banking Union: Risks and Challenges», p. 14.

providenciarão linhas de crédito para suportar o compartimento respetivo. No final do período de transição, os compartimentos nacionais serão fundidos.

Poderia pensar-se que o facto de passarmos a contar com um FUR que recolherá muito dinheiro garantirá a existência de um saco de dinheiro que resolveria todos os problemas dos Bancos da zona euro. Mas não é assim. Desde logo, porque a Comissão controlará a utilização do Fundo para verificar se isso é compatível com o mercado interno (art. 19.º, 1, RMUR) ou se distorce ou ameaça distorcer a concorrência (art. 19.º, 3, RMUR). O Conselho, no entanto, pode ser chamado a decidir (art. 19.º, 10, RMUR).

Por outro lado, no âmbito da recapitalização interna, havendo exclusão total ou parcial de um passivo elegível ou de uma classe de passivos elegíveis, e as perdas daí resultantes não tiverem sido transferidas para outros credores, o FUR pode ser chamado a contribuir (cfr., a propósito, o art. 27.º, 6, do RMUR).

No entanto, essa contribuição só é possível se houver uma contribuição não inferior a 8% dos passivos por parte dos *acionistas e/ou titulares de instrumentos de capital relevantes e outros passivos elegíveis* por redução, conversão, ou outro meio. Além disso, a contribuição do FUR não poderá, em regra, exceder 5% do total dos passivos (v. art. 27.º, 7, do RMUR). Ou seja, a contribuição do FUR não só é limitada, como pressupõe que, antes, outros tenham sido chamados a contribuir para a absorção das perdas e para a recapitalização. E não é aplicável o art. 44.º, 8, da Diretiva da Resolução.

9.2. O Fundo de Resolução português

A própria Diretiva da Resolução (art. 99.º) já tem em vista a criação de um sistema europeu de mecanismos de financiamento. Esse sistema é composto por mecanismos nacionais de financiamento, concessão e contração de empréstimos entre os mecanismos nacionais de financiamento, mutualização dos mecanismos nacionais de financiamento em caso de resolução de um grupo.

O Fundo de Resolução nacional está regulado nos arts. 153.º-B e ss. do RGIC. Trata-se de uma pessoa coletiva de direito público, com autonomia administrativa e financeira e património próprio.

O Fundo tem como objeto, designadamente, prestar apoio financeiro à aplicação de medidas de resolução adotadas pelo Banco de Portugal (art. 153.º-C).

Os recursos do Fundo são:

- a) as receitas provenientes da contribuição sobre o setor bancário;
- b) as contribuições iniciais das instituições participantes;
- c) as contribuições periódicas das instituições participantes;
- d) as importâncias provenientes de empréstimos;

- e) Os rendimentos de aplicação de recursos;
- f) As liberalidades;
- g) Outras receitas, rendimentos ou valores que provenham da sua atividade ou que lhe sejam atribuídos por lei ou contrato, incluindo montantes recebidos da instituição objeto de resolução ou da instituição de transição.

O que sobretudo tem interesse é o art. 153.º-J do RGIC: aí está prevista a possibilidade de realização de empréstimos ou prestação de garantias pelo Estado ao Fundo. Sempre excecionalmente.

Claro que os recursos disponibilizados pelo Fundo de Resolução devem ter contrapartidas. O Fundo pode realizar capital social de instituição de transição ou torna-se credora no montante correspondente aos recursos disponibilizados.

O Fundo de Resolução é fiscalizado pelo Conselho de auditoria do Banco de Portugal.

10. EM JEITO DE CONCLUSÃO: UMA NEVER ENDING STORY (O BAIL-OUT) E OUTROS TEMAS

A Diretiva não proíbe o *bail-out*. Até prevê a possibilidade de serem criados instrumentos públicos de estabilização financeira (arts. 56.º-58.º), que, no entanto, devem ser vistos como último recurso (art. 56.º, 3, da Diretiva da Resolução). Esses instrumentos são o de apoio ao capital próprio (art. 57.º da Diretiva da Resolução) e a propriedade pública temporária (art. 58.º da Diretiva da Resolução).

Por sua vez, o Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE), que foi pensado para prestar assistência financeira a *Estados-Membros* da Zona Euro, pode vir a ser utilizado como fundo supranacional para o *bail-out* de *instituições financeiras* daquela Zona²⁰. O MEE é uma instituição financeira internacional de que fazem parte os Estados-Membros da Zona Euro e os que queiram participar. Os empréstimos aos membros podem destinar-se a recapitalizar as suas instituições financeiras (art. 15 do Tratado MEE).

Porém, com a Resolução do Conselho de Governadores n.º 4, de 8 de dezembro de 2014, tomada ao abrigo do art. 19.º do TMEE (e que adotou um *Direct Bank Recapitalization Instrument* ou DRI), o MEE passou a ser utilizável para recapitalização de bancos a partir de 1.1.2016 e com o MUR operacional. O Conselho de Governadores do MEE é composto pelos ministros das finanças dos membros do MEE (art. 13.º, 2, TMEE).

²⁰ MICHAEL SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, p. 347, citando a declaração da Cimeira da Zona Euro de 29 de junho de 2012. Entretanto, a Comunicação *Novos passos para concluir a União Económica e Monetária: um Roteiro* (COM 2017 821 final) avança com a proposta de transformação do MEE no Fundo Monetário Europeu, que «estará em condições de constituir o mecanismo de apoio comum para o Fundo Único de Resolução» (p. 6).

O MEE tem *Guidelines* sobre a assistência financeira para a recapitalização direta das instituições. A recapitalização direta só pode ter lugar se a instituição *não respeita os requisitos de capital do BCE* e não os pode respeitar através do *setor privado* ou com o *bail-in*, *é instituição relevante* ou coloca *ameaças sérias à estabilidade financeira* da Zona Euro ou do membro devido ao tamanho, interconexões, complexidade e substituibilidade (*Guidelines*, 3.º, 1)²¹, *o membro não pode prestar assistência financeira na sua totalidade à instituição sem sofrer efeitos muito negativos na sua sustentabilidade financeira ou acesso aos mercados financeiros* e a assistência financeira é indispensável para garantir a estabilidade financeira da Zona Euro como um todo ou dos seus Estados-Membros (*Guidelines*, art. 3.º, 2). Há, ainda, vários requisitos adicionais.

Tendo em conta que está prevista a necessidade de um prévio *bail-in* e o recurso aos mecanismos de resolução e ao FUR (*Guidelines*, art. 8.º), trata-se de uma verdadeira *ultima ratio* ou *lender of last resort*: só intervirá depois dos acionistas, credores, FUR e membros do MEE (quanto a estes, v. as *Guidelines*, art. 9.º²²) terem contribuído²³.

Os problemas a tratar não são simples. Para além da expressão «too big to fail» (TBTF), outras foram sendo conhecidas: «too interconnected to fail» (TITF), «too complex to fail» (TCTF), «too many to fail» (TMTF). Quando as coisas correm mal, a forma de encarar as dificuldades vai depender de muita coisa. Os modelos utilizados na concreta entidade em causa também determinam a forma de intervir²⁴. Se o modelo seguido foi o da empresa-mãe que tem sociedades filhas que têm sociedades netas, pode ser mais fácil intervir apenas na empresa-mãe. Se o modelo é o do banco gigantesco com muitas atividades, terá também muitos e diferentes credores. Se o modelo é o de multi-banco, a abordagem poderá ter que ser outra. Muito dependerá da forma de obter financiamento. Sendo certo que tanto a *Dodd-Frank*, com a *Volker Rule*, como a *Financial Services (Banking Reform) Act 2013*, como o Relatório *Liikanen* apontam para alguma separação estrutural que permita o *ring-fencing*.

Como vimos, o enquadramento do MUR é complexo, mas há razões para encararmos o futuro com mais otimismo do que se esse mecanismo não existisse.

²¹ Porém, o prévio recurso ao *bail-in* e a utilização dos fundos de resolução pode retirar natureza sistémica à instituição: JUSTO CORTI VARELA, «Chapter 9: Direct Recapitalization of Banks and Sovereign Debt», p. 130.

²² Para uma crítica severa ao regime, tendo em conta a situação em que já se encontrará o Estado em causa e as responsabilidades que o supervisor europeu terá e a falta de clareza entre a recapitalização direta do MEE e o bail-out estatal, v. JUSTO CORTI VARELA, «Chapter 9: Direct Recapitalization of Banks and Sovereign Debt», p. 132 e s..

²³ MICHAEL SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, cit., p. 352. Relacionando o regime alcançado com o receio dos países do Norte da Europa relativamente aos bancos do Sul, JUSTO CORTI VARELA, «Chapter 9: Direct Recapitalization of Banks and Sovereign Debt», p. 128 e s.. O autor acrescenta, a p. 129, que será difícil os Estados assumirem os problemas que estão pressupostos na admissibilidade de recurso à recapitalização direta através do MEE.

²⁴ MICHAEL SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, p. 81.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Medidas de resolução das instituições de crédito: a transferência da atividade para um banco de transição», in Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), *II Congresso de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 35-73.

BEATRICE ARMELI, *Il procedimento di liquidazione coatta bancaria*, Giuffrè, Milano, 2014

CHARLES PROCTOR, *The law and practice of international banking*, 2. ed., OUP, Oxford, 2015

CHRISTOS GORTSOS, «The two main pillars of the European Banking Union: the legal framework in a “nutshell”», in JENS-HINRICH BINDER/CHRISTOS GORTSOS, *The European Banking Union. A Compendium*, Nomos, Baden-Baden, 2016

CORNELIA MANGER-NESTLER, ««Institutionell-organisatorische Aspekte des Einheitlichen Abwicklungsmechanismus»» in UWE JAHN/CHRISTIAN SCHMITT/BERND GEIER (her.), *Bankensanierung und -abwicklung*, Beck, München, 2016

DALVINDER SINGH, «Recovery and resolution planning: reconfiguring financial regulation and supervision», in JENS-HINRICH BINDER/DALVINDER SINGH (ed.), *Bank Resolution. The European Regime*, cit., p. 10.

DANIEL GROS, «Chapter 10: Deposit Insurance», in JOSÉ MARÍA BENEYTO/LUIS M. HINOJOSA-MARTÍNEZ (ed.), *European Banking Union*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015

ENGRÁCIA ANTUNES, «The management of the Bank Crisis in Portugal – Law and Practice», EBI Working Paper Series, 2017, n.º 4

F. FABBRINI, «On Banks, Courts, and International Law: The Intergovernmental Agreement on the Single Resolution Fund in Context», MaastrichtJECL, 2014

GERARD CAPRIO JR./PATRICK HONOHAN, «Banking Crises. Those Hardy Perennials», in ALLEN BERGER/PHILIP MOLYNEUX/JOHN WILSON (ed.), *The Oxford Handbook of Banking*, 2. Ed., OUP, 2015

HANNES HUHTANIEMI/MARIO NAVA/EMILIANO TORNESE, «Chapter 8: The Establishment of a EU-Wide Framework», in JOSÉ MARÍA BENEYTO/LUIS M. HINOJOSA-MARTÍNEZ (ed.), *European Banking Union*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015

JENS-HINRICH BINDER, «Resolution: concepts, requirements, and tools», in JENS-HINRICH BINDER/DALVINDER SINGH (ed.), *Bank Resolution. The European Regime*, OUP, Oxford, 2016

JOSÉ MANUEL QUELHAS, «Especificidades e vicissitudes do mecanismo de resolução bancária em Portugal: do Memorando de Entendimento de 2011 à Directiva 2014/59/UE e ao Regulamento (UE) n.º 806/2014», in AAVV, *Boletim de Ciências Económicas. Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, III, 2014, p. 2765-2818

JOSÉ MARÍA BENEYTO/LUIS M. HINOJOSA-MARTÍNEZ, «Preface», in JOSÉ MARÍA BENEYTO/LUIS M. HINOJOSA-MARTÍNEZ (ed.), *European Banking Union*, Wolters Kluwer, 2015

JUSTO CORTI VARELA, «Chapter 9: Direct Recapitalization of Banks and Sovereign Debt», in JOSÉ MARÍA BENEYTO/LUIS M. HINOJOSA-MARTÍNEZ (ed.), *European Banking Union*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015

KERN ALEXANDER, «Chapter 3: The EU Single Rulebook», in JOSÉ MARÍA BENEYTO/LUIS M. HINOJOSA-MARTÍNEZ (ed.), *European Banking Union*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015

LACKHOFF, *Journal of international banking law and regulation*, 2014, 13 e ss.

LUIS HINOJOSA-MARTÍNEZ, «Chapter 5: The Role of the ECB in the Supervision of Credit Institutions», in JOSÉ MARÍA BENEYTO/LUIS M. HINOJOSA-MARTÍNEZ (ed.), *European Banking Union*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015

MAFALDA MIRANDA BARBOSA, «As medidas de saneamento de uma instituição bancária e a eventual responsabilidade civil do regulador», *Direito Civil e sistema financeiro*, Principia, Parede, 2016, p. 9-46.

MAFALDA MIRANDA BARBOSA, «Entre a gestão do risco e a especulação. Reflexões a propósito de certos contratos de derivados de crédito», BCE, LX, 2017, p. 307-358.

MARIA NIETO, «Chapter 7: Regulatory Coordination in the Banking Union», in JOSÉ MARÍA BENEYTO/LUIS M. HINOJOSA-MARTÍNEZ (ed.), *European Banking Union*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015

MARIA NIETO, «Third Country relations in the Directive establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions», in JENS-HINRICH BINDER/DALVINDER SINGH (ed.), *Bank Resolution. The European Regime*, cit.,

MICHAEL SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2016

STEVEN SCHWARCZ, «Chapter 1: The Banking Union: A General Perspective», in JOSÉ MARÍA BENEYTO/LUIS M. HINOJOSA-MARTÍNEZ (ed.), *European Banking Union*, Wolters Kluwer, 2015

VASSO IOANNIDOU, «Chapter 2: Banking Union: Risks and Challenges», in JOSÉ MARÍA BENEYTO/LUIS M. HINOJOSA-MARTÍNEZ (ed.), *European Banking Union*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015