



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Esclarece-se ainda no artigo 145.º C, n.º4 que “[a] aplicação de medidas de resolução não depende da prévia aplicação de medidas de intervenção correctiva” e no n.º5 que “[a] aplicação de uma medida de resolução não prejudica a possibilidade de aplicação, a qualquer momento, de uma ou mais medidas de intervenção correctiva”, deixando claro a inexistência de qualquer carácter cumulativo ou de precedências na aplicação da medida de resolução, e bem assim um carácter complementar e de uso simultâneo das mais variadas medidas ao dispor do Banco de Portugal.

Posteriormente, ao nível europeu e após a entrada em vigor do Regulamento EU n.º 575/2013, de 26 de Junho de 2013, este relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento, surge a Directiva 2014/59/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento e que altera a Directiva 82/891/CEE do Conselho, e as Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/CE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e os Regulamentos (UE) n.º 1093/2010 e (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho.

Directiva esta que surge, como já *supra* exposto, no quadro da criação e desenvolvimento de uma União Bancária Europeia, como “*componente essencial da União Económica e Monetária, tendente à harmonização do quadro de regulação, supervisão, resolução e financiamento dos bancos ao nível da União Europeia, cuja arquitectura assenda em três pilares fundamentais, o da supervisão, o da resolução, e o da garantia de depósitos*” (cfr. José Engrácia Antunes, *A resolução bancária*, in *Scientia IVRIDICA*, Tomo LXVI, n.º345, 2017, Universidade do Minho).

Conforme resulta da Directiva, mais especificamente no que à medida de resolução diz respeito, são bem claros os objectivos que se pretendem alcançar com a implementação de tais medidas, designamente o de salvaguardar o erário público e o dinheiro dos contribuintes, referindo a directiva no seu considerando 1 que “[d]urante a crise, estes desafios constituíram um fator essencial que obrigou os Estados-Membros a salvarem instituições utilizando o dinheiro dos



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

contribuintes. A finalidade de um enquadramento credível para a recuperação e a resolução consiste em evitar, ao máximo, a necessidade de proceder a tal intervenção”.

Por outro lado, pretendeu-se assegurar o regular funcionamento dos mercados e evitar riscos sistémicos, considerando a *“incapacidade dos Estados-Membros para assumirem o controlo de uma instituição em situação de insolvência e para procederem à sua resolução de uma forma que evite efetivamente maiores danos sistémicos pode prejudicar a confiança mútua entre os Estados-Membros e a credibilidade do mercado interno no setor dos serviços financeiros”* (considerando 3).

Exteriorizou ainda a directiva a necessidade de possibilitar aos Estados-Membros *“uma intervenção suficientemente precoce e rápida nas instituições em situação precária ou de insolvência, de modo a garantir a continuidade das suas funções financeiras e económicas críticas, minimizando o impacto da situação de insolvência de uma instituição sobre o sistema económico e financeiro”* (considerando 5).

Já no seu corpo de normas a referida Directiva, no artigo 31.º, n.º2, especifica que constituem objectivos do mecanismo de resolução:

- “a) Assegurar a continuidade das funções críticas;*
- b) Evitar efeitos negativos significativos na 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 a apoios financeiros públicos extraordinários;*
- d) Proteger os depositantes abrangidos pela Diretiva 2014/49/UE e os investidores abrangidos pela Diretiva 97/9/CE;*
- e) Proteger os fundos e ativos dos clientes”.*

Quanto aos pressupostos da sua aplicação, prevê o artigo 32.º da Directiva, que, cumulativamente, têm de se verificar:

- “a) A determinação de que uma instituição está em situação ou em risco de insolvência foi efetuada pela autoridade competente, após consulta à autoridade de resolução ou, sob reserva das condições previstas no n.º 2, pela autoridade de resolução, após consulta à autoridade competente;*
- b) Tendo em conta os prazos e outras circunstâncias relevantes, não existe nenhuma perspectiva razoável de que uma ação alternativa do setor privado, incluindo medidas tomadas por um SPI, ou uma ação de supervisão, incluindo medidas de intervenção precoce, de redução ou de conversão de instrumentos de*



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

capital relevantes, nos termos do artigo 59.º, n.º 2, realizadas em relação à instituição, impediriam a situação de insolvência da instituição num prazo razoável;

c) As medidas de resolução são necessárias para defesa do interesse público nos termos do n.º 5”, na aceção de que a medida é “necessária e proporcionada para atingir um ou mais dos objetivos da resolução referidos no artigo 31.º, que um processo de liquidação da instituição no quadro dos processos normais de insolvência não permitiria atingir da mesma maneira”.

De referir ainda, no seio da União Europeia, a implementação do Mecanismo Único de Resolução, através do Regulamento n.º806/2014, criando, para os Estados-Membros participantes, um poder de resolução central, ao nível europeu, denominado de Conselho Único de Resolução, e as autoridades nacionais de resolução, em sintonia com o objectivo de harmonização no domínio da resolução iniciado pela Directiva 2014/59/EU.

Ao nível do ordenamento jurídico Português, tal Directiva veio posteriormente a ser parcialmente transposta, através do Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto e através do Decreto-Lei n.º114-B/2014, de 4 de Agosto, com alteração do regime da resolução que advinha do Decreto-Lei n.º31-A/2012.

Conforme resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, o referido diploma com o intuito de “[...]clarificar e aperfeiçoar o enquadramento legal aplicável ao regime da resolução de instituições de crédito, [...] incluiu um conjunto de alterações pontuais ao Título VIII do RGICSF, por forma a promover as clarificações e os aperfeiçoamentos necessários e a transpor parcialmente para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento (Directiva n.º 2014/59/UE), sem prejuízo da sua completa transposição em momento posterior”.

Assim, conclui-se que o Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, procede à alteração do regime já previsto no Decreto-Lei n.º31-A/2012, transpondo parcialmente algumas normas da Directiva n.º2014/59/UE, sendo que a transposição final e definitiva veio a ocorrer através da Lei n.º23-A/2015, de 26 de Março.

Contudo, e para os presentes autos, assume especial relevo a redacção dada ao RGICSF pelo Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, ao abrigo da qual, pela



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Deliberação a que se reporta a alínea iii) do probatório, foi instituído o Novo Banco, S.A., com capital detido pelo denominado Fundo de Resolução, tendo como objecto a administração dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, transferidos do Banco Espírito Santo, S.A., para o Novo Banco, e o desenvolvimento das actividades transferidas, para posterior alienação para outra ou outras instituições de crédito.

Traçado que se encontra o quadro genérico da medida de resolução, no ordenamento jurídico português, bem como a sua origem e evolução no quadro jurídico da União Europeia, cumprir analisar cada vício em concreto.

Da nulidade da Medida de Resolução enquanto Acto Consequente da Deliberação de Constituição de Provisões e a diminuição de capitais próprios do BES como consequência da actuação do Banco de Portugal e como evento catalisador para a verificação dos restantes fundamentos invocados na medida de resolução

Invoca a Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, S. A., que a medida de resolução padece de invalidade derivada da deliberação que impôs ao BES a constituição de uma provisão no valor de 2.000 milhões de euros, porquanto tal exigência acarretou a apresentação de um resultado de 3.500 milhões de euros negativos, o que originou um afastamento dos rácios de capitais próprios dos rácios de capitais legalmente exigidos, no final do primeiro semestre de 2014, por via da Directiva 2013/36/EU e do Regulamento n.º575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2013.

Mais invoca que, para além dessa imposição, tais resultados negativos no primeiro semestre de 2014 foram também consequência da desconsideração, por parte do Banco de Portugal, do efeito de reconhecimento, para fins prudenciais, da garantia soberana do Estado Angolano.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Defende que o impacto mais directo da garantia seria na descida dos activos de risco, o que comportaria um efeito positivo nos rácios prudenciais, dado que aumentaria a percentagem entre o conjunto dos fundos próprios e as posições de risco do Banco.

Invoca ainda que tal garantia consistia numa garantia do Estado soberano Angolano, que visou “contra-garantir” a garantia do Banco Espírito Santo Angola (BESA) relativamente à exposição (ao crédito concedido) do BES à sociedade comercial Legacy, bem como garantir um conjunto de créditos do BESA sobre clientes seus, garantia esta que tinha suporte jurídico favorável, através de competentes pareceres jurídicos existentes para efeitos de elegibilidade para o cálculo dos rácios prudenciais, nos termos do artigo 214.º do Regulamento n.º575/2013, através da redução de risco de crédito, ao que acresce a confirmação de tal elegibilidade por parte da auditoria ao BES, efectuada pela KPMG.

Conclui, assim, a autora que, em virtude das duas actuação ilegais do Banco de Portugal, no caso, a imposição da constituição de uma provisão, bem como a não accitação da garantia prestada pelo Estado Angolano, relativamente ao BESA, gerou-se um efeito cascata, tendo o BES sido confrontado com adicionais e fortes restrições na sua liquidez que terão levado à perda do estatuto de contraparte junto do Eurosistema, como descrito pelo Banco de Portugal na sua decisão de resolução.

Invoca que a perda do referido estatuto de contraparte impediu o BES de continuar a financiar-se junto do Banco Central Europeu e determinou que o BES tivesse de reembolsar todo o financiamento junto do BCE, no valor de 10.000 milhões de Euros, logo no dia 4 de Agosto.

Defende que tal decisão ocorreu em virtude da quebra dos rácios ocasionada pelas imposições do Banco de Portugal, e que, caso não tivessem existido, não se verificaria a medida da resolução, aliás, nem mesmo a exigência da apresentação de um plano de recapitalização, por parte do BES ao Banco de Portugal, num prazo de dois dias, a um Conselho de Administração que havia tomado posse há menos de um mês, é aceitável, apresentando-se como um prazo objectivamente e subjectivamente impossível de cumprir.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Termos em que defende que a deliberação de aplicação da medida de resolução é consequência da actuação imprudente e ilegal do Banco de Portugal, que impôs que o BES tivesse entrado em situação de incumprimento dos rácios prudenciais.

Em contestação, veio o Banco de Portugal defender que, para além da provisão de 2.000 milhões de euros ser inteiramente legal e financeiramente exigível - provisão que foi aprovada em reunião do Conselho de Administração do BES, de 30 de Julho de 2014, sob proposta da KPMG, e bem assim, plenamente assumida pelo Conselho de Administração daquele Banco, e por proposta do seus auditores - defende ainda que as provisões não geram perdas e limitam-se a reconhecerê-las, conforme a probabilidade da sua ocorrência futura, pelo que as perdas e o incumprimento dos rácios exigidos foram causados, sim, por actos de gestão ruínosa dos quais resultou a crise de confiança que assolou o BES e que antecedeu a sua resolução.

Contesta que o incumprimento dos rácios mínimos de capital legalmente exigidos seja resultado da provisão do valor de 2.000 milhões, pois que, como resulta do comunicado do próprio BES ao mercado em 10 de Julho, a provisão em causa era acomodável pela “almofada” de capital que aí declarava dispor, não podendo a aqui autora, assacar responsabilidades ao Banco de Portugal, que cumpriu com os deveres que legalmente se lhe impõe, com factos próprios do BES.

Mais defende, quanto à “Garantia Angola”, que a falta de envio dos Anexos I e II da referida Garantia, nos quais seriam identificados os créditos e imóveis abrangidos pela mesma, apesar das diligências que o Banco de Portugal promoveu nesse sentido, impossibilitou o supervisor de proceder a uma análise integral e cuidada que permitisse aferir do compromisso assumido e a verificação cabal do preenchimento dos requisitos prudenciais estabelecidos nos artigos 213.º e 215.º do CRR, designadamente o de saber qual o efectivo objecto dessa garantia, conforme resulta das Notas Informativas n.º244/14 e n.º750/14 do Banco de Portugal.

Invoca ainda que as expectativas do Banco de Portugal se alteraram materialmente a partir de 27 de Julho de 2014, quando o Banco Nacional de Angola (BNA), informou que, no seguimento da inspecção determinada ao BESA, se constataria que parte dos



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

créditos problemáticos não estariam cobertos pela garantia soberana, o que implicaria um reconhecimento de imparidades nas contas do BESA e uma ampla reestruturação da linha de crédito do BES ao BESA, ou seja, dois dias antes da aplicação da medida de resolução, o BNA deliberou o saneamento do BESA, impondo um conjunto extenso de medidas correctivas, incluindo a exclusão de determinado créditos do âmbito da garantia pelo Estado Angolano, o que indiciava uma perda, pelo menos parcial, do crédito do BES ao BESA, ainda antes da medida de resolução aplicada ao BES, o que veio a ser confirmada, com a revogação de tal garantia, anunciada a 4 de Agosto de 2014, pelo que não se pode dizer que, sem esta desconsideração da Garantia Angola, para os efeitos pretendidos pelo BES, a medida de resolução não teria tido lugar.

Por último, invoca que, quanto à necessidade de recapitalização, solicitada a 29 de Julho de 2004, se circunscrevia a um plano de recapitalização, com recurso a investimento privado, e não um “plano de reestruturação de todo o BES”, pelo que, estava em causa, apenas um pedido de apresentação de um plano com medidas e expectativas estimadas, com apresentação de *timings* previstos para a realização de um aumento de capital, e bem assim da demonstração da existência de alguma manifestação de interesses nesse sentido, no mês de Julho de 2014, termos em que, defende o Banco de Portugal, que o prazo de dois dias, era o objectivamente exigido pela gravidade da situação existente à data e justificado pelo circunscrito âmbito do pedido formulado ao BES.

Quanto ao efeito catalisador das referidas deliberações, invoca o Banco de Portugal que não foi certamente por causa dessa provisão ou dessa desconsideração daquela Garantia que, durante o mês de Julho de 2014, sobretudo a partir do dia 10, que os depositantes acorreram a levantar massivamente as suas poupanças dos cofres do BES, em valores que a Comissão Europeia estimou em cerca de 6.000 milhões de euros, reembolso de depósitos que o BES não poderia ter honrado se não fosse o Banco de Portugal ter-lhe disponibilizado 3.500 milhões de euros da *Emergency Liquidity Assistance*.

Mais defende que as declarações do Governador do Banco de Portugal proferidas a 18 de Julho de 2014, tinham em vista a obrigação ou dever funcional de um banco central, com vista a sossegar os depositantes e os mercados, evitando uma provável corridas aos



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

depósitos, com as inimagináveis consequências que isso podia acarretar, sendo que tais declarações se firmaram nos dados e elementos então conhecidos sobre a situação do BES (que hoje sabe terem sido manipulados e escamoteados ao seus auditores internos e externos) quando ainda havia esperanças fundadas de que pudesse recuperar-se a solvabilidade e liquidez do BES.

O contrainteressado Novo Banco, defende, em suma, a improcedência do vício invocado, porquanto a autora não demonstrou o nexo de causalidade do “efeitos cascata”, nem imputou qualquer vício jurídico a nenhum dos actos administrativos desta acção, sendo que tal argumentação assenta em puras hipóteses de raciocínio, além de que não explica, em detalhe, a situação factual e jurídica subjacente a tal efeito, nem mesmo qual a base legal que, face à legislação interna, permitiria considerar tal garantia para fins prudenciais, pelo que assim apresenta a autora meras hipóteses especulativas sem aderência à realidade.

Vejamos.

Como ponto prévio, não pode o Tribunal deixar de referir, tal como invoca o contra-interessado Novo Banco, que nenhum vício jurídico concreto é assacado por referência às alegações de causalidade ao acto de constituição de provisão e ao acto final de resolução do BES, sendo invocado apenas pela autora, de forma totalmente genérica e vaga, a ilegalidade derivada, com o desvalor jurídico mais grave de nulidade, da deliberação da aplicação da medida de resolução enquanto acto consequente da deliberação da constituição de provisões.

Isto é, não obstante a autora alegar factos que se concretizam na demonstração de uma relação causal existente entre o acto administrativo anterior (imposição de provisão) e o acto administrativo posterior (medida de resolução), não invoca nem associa a tal demonstração a violação de qualquer norma ou princípio jurídico, isto é, não estabelece qualquer correlação entre os factos causais e o desvalor jurídico que invoca de nulidade.

Mesmo tendo em consideração o princípio *iura novit curia*, bem como o dever de pronúncia que emerge do n.º2 do artigo 95.º do CPTA, o qual traduz um efectivo



S.

R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

afastamento da delimitação do objecto do processo em função da concreta e especificada enunciação dos vícios do actos (que se previa no antigo recurso contencioso de anulação), não pode, nem consegue, o Tribunal pronunciar-se sobre factos sem que sobre eles recaia a mínima alegação de desvalor jurídico, a não ser que seja manifesto, o que não é o caso.

Verifica-se que a autora mais não faz do que relatar um conjunto de ocorrências factuais, aduzindo-lhe considerações conclusivas, mas em lado algum invoca a violação de qualquer regra ou princípio que possibilite o juízo de desvalor jurídico de nulidade que pretende atribuir à medida de resolução por referência à deliberação que impôs ao BES a constituição de provisões.

Cumprir referir, *a litem*, que resulta evidente dos factos provados que a actuação do Banco de Portugal, desde o início das acções inspectivas ainda em 2013, e de todas as diligências que levou a cabo enquanto regulador, e bem assim, a própria deliberação da constituição de provisões, têm um nexo incindível com a medida da resolução, pois que esta última, tem cronologicamente um histórico associado à situação daquele Banco, o que não significa que exista nessa conexão ou nexo qualquer ilegalidade.

Por outro lado, também resulta evidente na sequência dos acontecimentos que ressaltam do probatório que aquela deliberação administrativa não se constituiu como um acto isolado, nem se firmou num único e simples pressuposto para a sua aplicação, mas sim num conjunto de circunstâncias - circunstâncias estas anormais - que se precipitaram desde 28 de Julho de 2014, e levaram o Banco de Portugal a tomar a medida que, de acordo com juízos de oportunidade e conveniência, se lhe ofereceu como a mais adequada face à gravidade da situação em que se encontrava aquele Banco.

Em bom rigor, se a questão relacionada com um qualquer nexo causal existente entre a actuação do Banco de Portugal e os “eventuais” danos gerados pela medida de resolução poderia ser relevante no âmbito de uma qualquer acção indemnizatória, no quadro estritamente impugnatório, em que nos encontramos nos presentes autos, tal nexo é totalmente irrelevante, pois que o que interessa são as circunstâncias de facto existentes à data da prática do acto impugnado, designadamente os pressupostos para a aplicação da medida de resolução.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Assim, os nexos causais alegados pela autora, firmados gramaticalmente nas conjunções subordinativas causais “se”, “se” o Banco de Portugal não tivesse exigido a provisão ou “se” o Banco de Portugal tivesse aceite a garantia de Angola, irrelevantes no quadro da legalidade própria da medida de resolução, apresentando-se como suposições de uma realidade alternativa, meramente hipotética e não concretizável.

Cumpra ainda referir que, tendo em consideração as motivações de facto e de direito que subjazem à aplicação da medida correctiva da constituição de provisões, no montante em que o foi naquela data, conforme resulta do probatório (cfr. nota informática a constante da alínea vv) do probatório), resulta que o Banco de Portugal não poderia prever a existência dos acontecimentos futuros que estiveram na base da aplicação da medida de resolução, designadamente os reais prejuízos apresentados nos resultados do 1.º semestre (cfr. alínea zz) do probatório);

Por outro lado, tal como invoca o Banco de Portugal, a constituição de provisões tal como a que foi exigida ao BES, “não se concretiza numa perda”, ainda que tenha reflexos no seu resultado. Contudo, a constituição de tal provisão mais não foi do que o reconhecimento de uma realidade que lhe é anterior – o risco face à exposição do BES ao GES – sendo certo que se impunha ao regulador a medida que, à data, se lhe oferecia como a mais adequada para efeitos de minimização desse mesmo risco existente.

Por último e quanto à não aceitação da “Garantia Angola” e bem assim da falta de elegibilidade ao nível prudencial, resulta claramente do probatório que o BES não forneceu ao Banco de Portugal – não obstante a insistência deste último para o efeito – as informações necessárias à elegibilidade da mesma para efeitos prudenciais (cfr. alínea hh), jj), kk) e ll) do probatório), designadamente para cumprimento do disposto nos artigos 213.º e 215.º do Regulamento n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Julho de 2013.

Aliás, ficam bem explícitas no ofício do Banco de Portugal, endereçado ao BES, as razões da sua desconfiança, referindo-se que “[r]elativamente à garantia do Estado Angolano, o Banco de Portugal, tal como já referido em diversas reuniões presenciais, considera que existem fundadas dúvidas quanto ao preenchimento dos requisitos necessários para considerar a garantia elegível para efeitos



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

de proteção do risco de crédito à luz da regulamentação em vigor. As dívidas já partilhadas com diferentes representantes da instituição, as quais ainda não foram devidamente clarificadas de modo a alterar o entendimento do Banco de Portugal, foram já formalizadas através do envio de comunicação autónoma. Sem prejuízo de se considerar que as dívidas que existem podem eventualmente vir a ser supridas por um aditamento à garantia que clarifique inequivocamente os termos da mesma de molde a torná-la elegível para o cálculo de requisitos de fundos próprios à luz da regulamentação aplicável, razões de prudência determinam, até que tais dívidas sejam ultrapassadas, que a mesma não possa ser considerada para os referidos efeitos (cfr. alínea kk) do probatório).

Note-se, por outro lado, que o efeito catalisador invocado pela autora, ainda que verificável, não inviabilizaria legalmente a verificação da necessidade de aplicação de uma medida de resolução, pois que se verifica a existência de um facto essencial para a sua adopção e que não se prende com a constituição da provisão – o prejuízo real de 1.500 milhões de euros, resultante do provisionamento total das perdas associadas às referidas operações de recompra de obrigações próprias e à emissão de duas garantias a favor de um credor venezuelano do GES (cfr. alínea bbb) do probatório), e que *per si* poderiam levar a uma situação de resolução, independentemente de qualquer actuação prévia do Banco de Portugal. Ou seja, a situação de desconformidade e ocultação nas contas do BES da verdadeira realidade em que se encontrava desde o início de 2014, que só veio ao conhecimento do Banco de Portugal nos 5 dias anteriores ao da apresentação de resultados no dia 30/07/2014 (cfr. alínea zz) e bbb) do probatório), não possibilitam, por agora, vislumbrar qualquer actuação ilegal, e bem assim, no quadro da regulação em que se encontra, uma actuação diferente da que teve, pois que firmou a sua actuação na plena convicção do cumprimento e conformação ao direito e na veracidade das contas apresentadas pelo BES, o que veio a verificar-se não estarem em consonância com a realidade que lhe era transmitida, situação esta que terá as eventuais repercussões na parcela de justiça que cabe à jurisdição comum, no âmbito penal e contra-ordenacional.

Nestes termos, sem necessidade de mais considerações, inexistindo a demonstração ou invocação de qualquer desvalor jurídico associado à deliberação do Banco de Portugal, de 22/07/2014, nem sendo invocado qualquer nexo ilegal daquela deliberação ou por via



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

da falta de aceitação da “Garantia Angola”, por referência à medida de resolução, improcede o referido fundamento de ilegalidade derivada ou consequente.

Das inconstitucionalidades arguidas

Nota prévia

Vêm nos presentes autos invocadas uma série de inconstitucionalidades, formais e materiais, das normas legais que serviram de fundamento à aplicação da medida de resolução impugnada nos presentes autos.

Contudo, e não obstante a abstracção que caracteriza a análise, conhecimento e decisão de tais fundamentos, não pode o Tribunal pronunciar-se senão nos estritos termos em que vêm invocados: tendo por referência a qualidade subjectiva dos autores, no caso accionistas e obrigacionistas subordinados, e bem assim, a natureza dos respectivos estatutos jurídicos e posição dos seus créditos. Por outro lado, também as normas cuja conformidade com a Constituição se apreciará serão tão só as normas que, habilitando a decisão administrativa impugnada, assumem relevância na decisão da presente causa.

Neste sentido, a aferição da conformidade ou desconformidade constitucional das normas invocadas, no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade, de que aqui nos ocupamos, não passa de uma análise individual e concreta de cada norma, por referência à posição jurídica dos autores e dos direitos que se arrogam nestes autos, e não do instituto ou figura jurídica abstractamente considerada, designadamente o instituto da resolução, pois que, “a questão da inconstitucionalidade só pode e só deve ser conhecida na medida em que haja um nexo incindível entre ela e a questão principal objecto do processo” (cfr. Jorge Miranda, Manuel de Direito Constitucional, VI, 3ª edição, Coimbra Editora, 2008, p.214).

Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, por violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República

Pretendem os Autores que as normas do Decreto-Lei n.º114-A/2014, que introduziram alterações ao RGICSF, são inconstitucionais porque não foram precedidas



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

por uma lei de autorização legislativa, porquanto as alterações introduzidas no referido diploma afectam um direito fundamental de natureza análoga a direitos, liberdades e garantias - o direito de propriedade - com aplicação do artigo 17.º da CRP, e que necessariamente se subsumem à alínea b) do n.º1 do artigo 165.º da Constituição, que terá de ser conjugada com o n.º1 do artigo 62.º da Constituição

Em primeiro lugar importa perceber em que se traduz a inconstitucionalidade invocada no quadro constitucional das regras de repartição da competência legislativa entre a Assembleia da República e o Governo.

Sintetizando.

Por referência à reserva relativa de competência legislativa que a Constituição da República Portuguesa estabelece a favor da Assembleia da República no artigo 165.º, n.º1 — e particularmente nas alíneas b) e l) — impõe-se compreender se o Governo poderia aprovar as alterações ao RGICSF no âmbito da competência legislativa concorrential atribuída pelo artigo 198.º, n.º1, alínea a) ou se, por tais alterações estarem abrangidas por aquela reserva relativa, carecia de prévia autorização parlamentar, através de uma lei de autorização legislativa aprovada nos termos do artigo 165.º, n.º2 da Constituição.

A aprovação de um decreto-lei não autorizado, ou simples, em matéria relativa reservada à Assembleia da República determinará a inconstitucionalidade orgânica daquele diploma por invasão da esfera de competência legislativa do Parlamento, pois que a competência legislativa do Governo no conjunto de matérias identificadas naquele preceito constitucional não é uma competência originária ou primária.

Em segundo lugar, importa perceber o contexto das normas legais sob escrutínio, uma vez que estão em causa normas que se inserem num regime legal pré-existente, modificando-o.

Como já supra referimos, em sede de enquadramento prévio, o Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, veio proceder à alteração do regime já previsto no Decreto-Lei n.º31-A/2012 (RGICSF), transpondo parcialmente algumas normas da Directiva, n.º2014/59/UE.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Consta do preâmbulo do referido diploma que o mesmo tem como intuito o “*de clarificar e aperfeiçoar o enquadramento legal aplicável ao regime da resolução de instituições de crédito, o presente diploma incluiu um conjunto de alterações pontuais ao Título VIII do RGICSF, por forma a promover as clarificações e os aperfeiçoamentos necessários e a transpor parcialmente para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento (Diretiva n.º 2014/59/UE), sem prejuízo da sua completa transposição em momento posterior*”

Quanto aos seus principais objectivos, evidencia o preâmbulo que:

“Em primeiro lugar, explicita-se e transpõe-se para a ordem jurídica interna o princípio orientador insito na Diretiva n.º 2014/59/UE de que, com o objetivo de salvaguardar os legítimos interesses dos credores afectados pela aplicação de medidas de resolução, nenhum credor da instituição de crédito sob resolução poderá assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação”.

Em segundo lugar, esclarece -se que, para efeitos da concretização do princípio acima referido, a avaliação realizada por uma entidade independente deve incluir também uma estimativa do nível de recuperação dos créditos de cada classe de credores, de acordo com a ordem de prioridade estabelecida na lei, num cenário de liquidação da instituição de crédito em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução.

Estas alterações têm como escopo tornar inequívoca a possibilidade de salvaguardar os legítimos interesses dos clientes das instituições de crédito, nomeadamente os seus depositantes, aproximando desde já a terminologia utilizada e o regime em causa ao previsto na referida Diretiva n.º 2014/59/UE.

Em terceiro lugar, e em linha com a Diretiva n.º 2014/59/UE, clarificam -se também os meios de disponibilização dos recursos do Fundo de Resolução, nomeadamente a possibilidade de este conceder garantias no contexto de uma medida de resolução”.

No seu corpo normas, e conforme refete o artigo 2.º, sob a epígrafe, “*Alteração ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*”, são alterados os “*artigos 145.º -B, 145.º -F, 145.º -H, 145.º -I, 153.º -M, 155.º e 211.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*”.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

São estas as normas que os autores reputam padecer de inconstitucionalidade orgânica, por falta de autorização legislativa, na medida em que as mesmas, incidem sobre matérias do domínio da reserva relativa da Assembleia da República, previstas no artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa, porquanto configuram medidas que afectam um direito análogo a direitos, liberdades e garantias, no caso o direito de propriedade, bem como pelo facto de representarem uma intervenção sobre os meios e formas de intervenção, expropriação, nacionalização e privatização dos meios de produção, bem como nos critérios de fixação, naqueles casos, de indemnizações (alíneas b) e l) do n.º 1 daquele artigo).

É certo que o Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, foi emanado do Governo da República Portuguesa, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, assim assumindo uma competência legislativa concorrential, nesta matéria sem qualquer lei de autorização legislativa, a qual apelida de *“conjunto de alterações pontuais ao Título VIII do RGICSF”*, sendo também certo que o Título VIII do RGICSF, havia sido profundamente alterado, por via do Decreto-Lei n.º31-A/2012, que introduziu no ordenamento jurídico Português, o regime da resolução bancária, o que fez autorizado pela Lei (de autorização legislativa) n.º 58/2011.

Recuando no tempo, verifica-se que o ordenamento jurídico português, até 1992, bastava-se com um parco e anacrónico regime específico de liquidação das instituições de crédito, aprovado pelo Decreto-Lei n.º30689, de 27 de Agosto de 1940, sem quaisquer normas relativas a saneamento e recuperação dessas mesmas instituições, as quais vieram a ser consagradas no RGICSF.

Efectivamente, apenas em 1993, com a entrada em vigor Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de Dezembro (Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras), foram contempladas normas relativas ao saneamento, conforme resulta do Título VIII, artigos 139.º e segs, do referido regime.

Essas mesmas normas relativas ao saneamento e recuperação, foram precedidas da Lei de Autorização Legislativa, a Lei n.º 9/92, de 3 de Julho, que *“Autoriza o Governo a reformular o quadro jurídico do sistema financeiro (bancário e parabancário)”*.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Esta autorização foi emitida, “nos termos dos artigos 164.º, alínea e), 168.º, n.º 1, alíneas c) e d)” a que correspondia a “Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal” e o “regime geral de punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo”; e 169.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, na redacção resultante da segunda revisão constitucional.

Com base na referida lei de autorização legislativa, mais especificamente no artigo 5.º, ficou o “Governo autorizado a prever a intervenção temporária do Banco de Portugal nas instituições de crédito, nas sociedades financeiras e nas empresas que, sem autorização, pratiquem operações reservadas àquelas instituições ou sociedades, no âmbito de um regime que, em substituição do que actualmente consta do Decreto-Lei n.º 30689, de 27 de Agosto de 1940, e do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 24/86, de 18 de Fevereiro”, mais referindo o artigo 6.º, alínea a), quanto à extensão que “[s]empre que numa instituição de crédito ou numa sociedade financeira se verifique uma situação de desequilíbrio financeiro traduzido, designadamente, na redução dos fundos próprios a um nível inferior ao mínimo legal ou na inobservância dos rácios de solvabilidade ou de liquidez, o Banco de Portugal pode exigir a elaboração de um plano de recuperação e saneamento financeiro a submeter pela instituição ou sociedade financeira à sua aprovação e pode ainda determinar a aplicação de medidas de recuperação[...]”.

Do exposto resulta que as regras de saneamento e recuperação foram introduzidas no ordenamento jurídico através de uma lei de autorização legislativa que tinha como fito primordial consagrar um “novo tipo de ilícito criminal, que consistia no exercício não autorizado da actividade de recepção de depósitos, ou outros fundos reembolsáveis, do público” (cfr. artigo 1.º) e ainda “a tipificar como contra-ordenações as infracções às regras reguladoras do sistema de crédito e do funcionamento dos mercados monetário e financeiro, incluindo a constituição, funcionamento e actividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras, podendo para o efeito adaptar o regime jurídico geral das contra-ordenações, o seu processo e as sanções aplicáveis, fixados no Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro, às características e circunstâncias particulares das contra-ordenações atrás referidas”.

Do exposto pode concluir-se que o legislador parlamentar consagrou e autorizou o governo a legislar sobre o regime de saneamento e recuperação das instituições de crédito,



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

nos domínios da sua reserva relativa de competência legislativa, em ambiência de direito penal e sancionatório.

Contudo, analisado esse mesmo regime de saneamento, em concreto, a extensão da autorização desse regime, ainda que determinadas normas, como por exemplo, a da “*imposição da suspensão ou da destituição de dirigentes da empresas*”, pudessem representar e assemelhar-se a típicas penas consagradas num regime sancionatório, não se vislumbra que o seu fim coincida com as desses ramos de direito, seja penal ou contra-ordenacional, pois que nesses ramos, subjazem fins de prevenção geral e especial, bem como fins repressivos, fins estes que não são compatíveis com um regime de saneamento, no qual tais normas surgem com fins relacionados com a recuperação ou normalização das instituições de crédito ou com as sociedades financeiras em dificuldade, sem qualquer intuito punitivo, preventivo ou repressivo associado.

Ou seja, não obstante o legislador autorizante ter “arrastado” o regime de saneamento e recuperação das instituições de crédito, para a reserva relativa prevista nas alíneas d) e e) do artigo 168.º, n.º 1, da Constituição (a que corresponde o actual artigo 165.º n.º 1), verifica-se que extravasou o âmbito objectivo de tais normas, sem o apoio de qualquer outra menção de competência prevista no referido elenco.

E se o legislador em 1992, na Lei (de autorização legislativa) n.º9/92, pelo menos assumiu expressamente “*norma de competência*”, ao abrigo da qual concedia autorização ao Governo para introduzir o regime de saneamento, o mesmo não se verifica em 2011, aquando da Lei n.º58/2011, de 28 de Novembro, que, com mera menção à “alínea d) do artigo 161.º da Constituição” autorizou o governo a:

- a) Instituir medidas de intervenção preventiva;*
- b) Definir um conjunto de medidas de intervenção correctiva;*
- c) Estabelecer uma fase de administração provisória;*
- d) Criar medidas de resolução;*
- e) Instituir um Fundo de Resolução;*
- f) Criar privilégios creditórios em processo de liquidação para os créditos por depósitos abrangidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos ou pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo e para os*



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

créditos titulados pelo Fundo de Garantia de Depósitos, pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo ou pelo Fundo de Resolução decorrentes da intervenção no âmbito da execução de medidas de resolução;

g) Definir os ilícitos de mera ordenação social que se revelem adequados a garantir o respeito pelas normas que disciplinam as matérias previstas nas alíneas anteriores;

h) Criar um procedimento pré-judicial de liquidação;

i) Regular os efeitos que a suspensão de eficácia do acto administrativo de revogação da autorização pelo Banco de Portugal tem sobre a liquidação;

j) Regular os efeitos da execução da decisão definitiva que julgue procedente a impugnação contenciosa do acto administrativo de revogação da autorização ou da decisão do Banco de Portugal que determina a aplicação de medidas de resolução;

k) Regular em matéria de liquidação de instituições que forem totalmente dominadas por outra sociedade ou mantiverem a gestão da sua própria actividade subordinada, por contrato, à direcção de outra sociedade.

Ou seja, na Lei (de autorização legislativa) n.º58/2011 o legislador optou por mencionar, em termos abrangentes, a reserva relativa de competência legislativa que exigiria a aprovação de uma lei de autorização legislativa dirigida ao Governo pois que refere a alínea d) do artigo 161.º como norma habilitante daquela lei; ora, as autorizações legislativas ao Governo versam (devem versar) tão só sobre as matérias constantes das várias alíneas do artigo 165.º, n.º1, pelo que, o legislador parlamentar assumiu tão só a aprovação do novo regime das medidas de intervenção preventiva, correctiva e de resolução que envolvia matérias constitucionalmente carecidas daquela autorização — matérias abrangidas pela reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República —, mas sem especificar quais.

Por último, e de modo a permitir a mencionada análise norma a norma — e porque se cuida tão só das normas introduzidas no RGICSF pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014 —, importa atentar nos preceitos alterados e perceber quais as normas (regras e princípios) que aquele Decreto-Lei veio introduzir, qual o seu sentido e de que modo modificaram o



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

regime legal pré-existente, tomando por referência a relevância na medida de resolução impugnada.

Estipula o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º114-A/2014, sob a epígrafe “*Alteração ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*”, que são alterados os “*artigos 145.º -B, 145.º -I, 145.º -H, 145.º -J, 153.º -M, 155.º e 211.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, que passam a ter a seguinte redação*”:

«Artigo 145.º-B

[...]

1 - Na aplicação de medidas de resolução, tendo em conta as finalidades das medidas de resolução estabelecidas no artigo anterior, procura assegurar-se que:

a) Os acionistas da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa;

b) Os credores da instituição de crédito assumem de seguida, e em condições equitativas, os restantes prejuízos da instituição em causa, de acordo com a hierarquia de prioridade das várias classes de credores;

c) Nenhum credor da instituição de crédito pode assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação.

2 - [...].

3 - Caso se verifique, no encerramento da liquidação da instituição de crédito objeto da medida de resolução, que os credores dessa instituição cujos créditos não tenham sido transferidos para outra instituição de crédito ou para um banco de transição assumiram um prejuízo superior ao montante estimado, nos termos da avaliação prevista no n.º 6 do artigo 145.º-F e no n.º 4 do artigo 145.º-H, que assumiriam caso a instituição tivesse entrado em processo de liquidação em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução, têm os credores direito a receber essa diferença do Fundo de Resolução.

“Artigo 145.º-F

[exclusão nossa da sinalética expressa no diploma]

6 - Para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 145.º-B, a avaliação a que se refere o número anterior inclui também uma estimativa do nível de recuperação dos créditos de cada classe de credores, de



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

acordo com a ordem de prioridade estabelecida na lei, num cenário de liquidação da instituição de crédito em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução.

7 - O Banco de Portugal determina a natureza e o montante do apoio financeiro a prestar pelo Fundo de Resolução, caso seja necessário, incluindo designadamente a prestação de garantias e a concessão de empréstimos à instituição de crédito alienante ou à instituição adquirente, para efeitos de preservar o valor dos ativos e passivos e facilitar a concretização da alienação prevista no n.º 1.

8 - [Anterior n.º 7].

9 - Quando o valor dos passivos alienados for superior ao valor dos ativos, os montantes dos apoios financeiros prestados para efeitos de compensar essa diferença de acordo com o disposto nos n.ºs 7 e 8 constituem créditos do Fundo de Resolução, do Fundo de Garantia de Depósitos ou do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo sobre a instituição de crédito alienante.

[renumeração dos números do artigo]

17 - O pagamento previsto no número anterior pode ser efetuado através da transferência para a instituição adquirente de novos ativos da instituição de crédito alienante ou de verbas provenientes do Fundo de Resolução, do Fundo de Garantia de Depósitos ou do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo, nos termos do disposto nos n.os 7 e 8.

18 - [Anterior n.º 17].

19 - Na seleção dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão a alienar nos termos do presente artigo, aplica-se, com as devidas adaptações, o disposto no n.º 2 do artigo 145.º-H.

Artigo 145.º-H

[...]

a) Os respectivos accionistas, cuja participação no momento da transferência seja igual ou superior a 2 /prct. do capital social, as pessoas ou entidades que nos dois anos anteriores à transferência tenham tido participação igual ou superior a 2 /prct. 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;

[...]



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

4 - Os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão selecionados nos termos do n.º 1 devem ser objeto de uma avaliação, reportada ao momento da transferência, realizada por uma entidade independente designada pelo Banco de Portugal, em prazo a fixar por este, a expensas da instituição de crédito, devendo a mesma avaliação, para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 145.º-B, incluir também uma estimativa do nível de recuperação dos créditos de cada classe de credores, de acordo com a ordem de prioridade estabelecida na lei, num cenário de liquidação da instituição de crédito originária em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução.

5 - [...].

6 - O Banco de Portugal determina a natureza e o montante do apoio financeiro a conceder pelo Fundo de Resolução, caso seja necessário, para a criação e o desenvolvimento da atividade do banco de transição, nomeadamente através da concessão de empréstimos ao banco de transição para qualquer finalidade, da disponibilização dos fundos considerados necessários para a realização de operações de aumento do capital do banco de transição ou da prestação de garantias.

[...]"

"Artigo 145.º-I

1 - [...].

2 - [...].

3 - [...]:

a) Ao Fundo de Resolução, de todos os montantes disponibilizados nos termos do n.º 6 do artigo 145.º-II;

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

4 - [...].

5 - [...].

6 - [...]"



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Artigo 153.º-M

[...]

1 - [...].

2 - Os recursos disponibilizados nos termos do disposto no número anterior que não sejam utilizados para a realização do capital social do banco de transição conferem ao Fundo um direito de crédito sobre a instituição participante que seja objeto da medida de resolução, sobre o banco de transição ou sobre a instituição adquirente, conforme os casos, no montante correspondente a esses recursos e beneficiando dos privilégios creditórios previstos no n.º 3 do artigo 166.º-A.

3 - [...].”

Não relevam para a análise subsequente as alterações introduzidas nos artigos 155.º e 211.º do RGICSF por se tratar de alterações impostas por alteração da numeração de outras disposições daquele regime — não correspondem a normas novas.

Por outro lado, não relevam nos presentes autos, na medida em que extravasam o seu objecto, as alterações operadas aos artigos 145.º-I e 153.º-M, bem como aos números 7, 9 e 17 do art.º 145.º-F, e ao n.º 6 do art.º 145.º-H do RGICSF, visto que se reportam a uma fase posterior à da decisão de aplicação da medida da resolução e que, ainda que com ela se relacionem, não constituem normas-fundamento daquela ou que hajam determinado o seu conteúdo possível e efeitos imediatos.

Assim, resultam como principais alterações ao anterior regime resultante do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, relevantes para a matéria nestes autos, as seguintes:

- O artigo 145.º-B, n.º1, alíneas a) e b), vem a esclarecer o que anteriormente já estava consagrado, mas ordenando na escala de prejuízos e perdas, primeiramente os accionistas e só seguidamente os credores em condições equitativas.

Mais consagra explicitamente na alínea c) do mesmo n.º 1, um princípio adveniente da Directiva 2014/59/UE, que tem como fito salvaguardar os interesses dos credores afectados pela aplicação da medida de resolução, prevendo que “nenhum credor da instituição



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

de crédito pode assumir um prejuízo maior do que assumiria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação”, denominado comumente pelo princípio “no creditor worse off”.

Por sua vez, a alteração operada no n.º3 do artigo 145.º-B, mais não é do que a previsão executiva, ou seja, a operacionalização do referido princípio, que relega para o momento do encerramento da liquidação da instituição de crédito o eventual direito a receber a diferença entre aquilo que o credor recebeu e deveria ter recebido, pois que só nesse momento se consegue aferir dos efectivos prejuízos dos credores, através de uma avaliação de prognose póstuma por reporte ao cenário alternativo de imediata liquidação.

- O artigo 145.º-F procede à continuação da operacionalização do princípio “*no creditor worse off*”, estabelecendo uma avaliação aos activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão, reportada ao momento da aplicação da medida da resolução e a realizar por entidade independente designada pelo Banco de Portugal, em prazo a fixar por este, a expensas da instituição de crédito, incluindo também uma estimativa de recuperação dos créditos de cada classe de credores, de acordo com a ordem de prioridade estabelecida na lei, no já referido cenário alternativo de liquidação e a alteração operada no artigo 145-H, n.º2, alínea a) que vem contemplar a impossibilidade da transferência de créditos dos “*respectivos 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 domínios o de grupo com a instituição*”, o que evidencia uma clara opção do legislador na protecção de pequenos investidores.

Aqui chegados, é o momento de, por reporte às alterações legislativas identificadas como significativas, averiguar se a introdução de tais normas no RGICSF por parte do Governo, sem autorização legislativa, invade a esfera de competência legislativa reservada da Assembleia da República padecendo essas normas, nesta medida, de inconstitucionalidade orgânica.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Invocam os Autores, obrigacionistas, em síntese, que as normas do Decreto-Lei n.º114-A/2014, que introduziram alterações ao RGICSF, são inconstitucionais porque não foram precedidas por uma lei de autorização legislativa, porquanto as alterações introduzidas no referido diploma afectam um direito fundamental de natureza análoga a direitos, liberdades e garantias - o direito de propriedade - com aplicação do artigo 17.º da CRP, e que necessariamente se subsumem à alínea b) do n.º1 do artigo 165.º da Constituição, que terá de ser conjugada com o n.º1 do artigo 62.º da Constituição, porquanto as medidas como as previstas nos artigos 145.º-A e seguintes do RGICSF representam ou podem representar relevantíssimas lesões nos direitos de propriedade de accionistas, obrigacionistas e demais titulares de créditos sobre as instituições intervencionadas, com afectação de situações jurídicas constitucionalmente garantidas, sendo assim exigida a forma de lei da Assembleia da República, ou, sendo um decreto-lei, a prévia existência de uma lei de autorização legislativa.

Mais defendem que as alterações introduzidas no referido diploma têm por objecto medidas que se inserem no âmbito dos meios e formas de intervenção e nacionalização dos meios de produção por motivos de interesse público e, logo, estão também abrangidas pelo referido n.º1 do artigo 165.º da Constituição, no caso a alínea l), por aproximação ao que dispõe o artigo 83.º da CRP.

Defendem ainda que as normas do Decreto-Lei n.º114-A/2014 modificam normas de um decreto-lei autorizado, o Decreto-Lei n.º31-A/2012, e por isso também elas necessitariam de uma autorização parlamentar, tendo em consideração o princípio do paralelismo das formas.

Termos em que defendem a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º114-A/2014, com a desaplicação das suas normas ao caso concreto.

Por sua vez, invoca a Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, S. A., que, ao contrário do que sucedeu com a alteração ao RGICSF ocorrida através do Decreto-Lei n.º31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que teve na sua base a Lei de Autorização Legislativa n.º58/2011, de 28 de Novembro, o Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, foi



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

aprovado, prescindindo de uma autorização legislativa, ao abrigo de uma suposta competência legislativa concorrential do Governo.

Contudo, defende, que o referido decreto-lei carecia de autorização legislativa parlamentar, por incidir, parcialmente, sobre matéria do domínio da reserva relativa da Assembleia da República, porquanto o regime da “medida de resolução” incide sobre os meios e formas de intervenção, expropriação, nacionalização e privatização dos meios de produção bem como critérios de fixação, naqueles casos, de indemnizações, previstos na alínea l) do n.º1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa, e ainda com o domínio dos direitos, liberdades e garantias, previsto na alínea b) do n.º1 do artigo 165.º da CRP, sendo certo que, o direito de iniciativa económica privada e o direito de propriedade, previstos nos artigos 61.º e 62.º da Constituição, têm uma natureza análoga aos demais direitos, liberdades e garantias, gozando do regime aplicável a estes, nos termos do artigo 17.º da Constituição.

Alega que tal necessidade de autorização legislativa resulta da própria alteração ao RGICSF, operada em 2011, que inclui as matérias relativas à resolução na reserva relativa da Assembleia da República, tendo incluído essa questão no n.º2 do artigo 5.º da Lei da Autorização Legislativa 58/2011, de 28 de Novembro, e que salvaguardava a posição dos accionistas e dos credores, o que não ocorre com o Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, tendo sido agravado neste diploma, a diferença entre os accionistas e o regime aplicável aos credores.

Termos em que defende a inconstitucionalidade orgânica do referido Decreto-Lei, na medida em que as normas que se retiram dos artigos 145.º-B, 145.º-F, 145.º-H, 145.º-I, 153.º -M, 155.º e 211.º, do RGICSF, na redacção conferida pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, são organicamente inconstitucionais, peticionando a sua desaplicação ao caso concreto.

Por sua vez, o Banco de Portugal defende a inidoneidade parcial da arguição de inconstitucionalidade, porquanto não referem os autores, especificamente, quais as normas entre as aditadas ao RGICSF que incidem “ *em termos particularmente agressivos sobre direitos de propriedade e similares, sendo a excepção a invocada inconstitucionalidade do n.º1 do artigo 145.º-B do*



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

RGICSF, sendo a arguição quanto às demais totalmente genérica e abstracta, não cumprindo o ónus de arguição”.

Mais defende que, quanto à norma do n.º1 do artigo 145.º-B, que não se verifica qualquer inconstitucionalidade, pois que não estamos perante qualquer restrição do direito de propriedade ou do regime da apropriação dos meios de produção, designadamente porque os direitos de crédito dos autores não constituem meios de produção para efeitos da alínea l) do artigo 165.º, n.º1 da Constituição.

Invoca o Banco de Portugal, quanto ao direito de propriedade, que não deixaram os aqui autores de ser titulares das obrigações que detinham à data da aplicação da medida de resolução, pois que no que aos accionista se refere, traduz-se em os seus direitos inerentes às suas acções só poderem ser exercidos no processo de liquidação do BES, e limitarem-se aí, ao direito a partilhar o “remanescente” a que se refere o artigo 184.º do Código da Insolvência, e quanto aos obrigacionistas subordinados, como credores que são, concorrendo ao pagamento dos mesmos pela massa insolvente, em função da graduação que couber aos respectivos créditos, com a garantia que lhes confere na própria alínea c) deste mesmo n.º1 do artigo 145.º-B do RGISF.

Quanto a esta questão, os contra-interessados BES e Novo Banco, pugnam, em síntese, pela improcedência da inconstitucionalidade arguida.

Vejamos.

Dentro da delimitação operada *supra*, importa agora averiguar da necessidade de autorização legislativa ao Governo para aprovar as alterações ao RGICSF introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, por força do disposto na alínea b) do n.º1 do artigo 165.º da Constituição, conjugado com o n.º1 do artigo 62.º da Constituição e com o regime resultante do artigo 17.º, na medida em que o direito de propriedade (neste caso, de accionistas, obrigacionistas e demais titulares de créditos sobre as instituições intervencionadas) é um direito análogo a direitos, liberdades e garantias.

Ora, antes de mais, e apenas numa apreciação breve do regime das autorizações legislativas ao Governo sempre terá de se acentuar que o regime da reserva relativa de



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

competência legislativa da Assembleia da República visa salvaguardar uma intervenção primária, conformadora, do órgão parlamentar quanto a determinadas matérias em que o legislador constituinte entendeu justificar-se um acréscimo de legitimidade democrática, uma discussão pública, em suma, a intervenção (pelo menos primária) do órgão parlamentar. Tributário do princípio da separação de poderes (neste caso, legislativo e executivo), este regime, no quadro do nosso sistema constitucional de repartição de competências legislativas, só mediatamente o reflecte; isto porque, no sistema constitucional português, o Governo (órgão executivo por excelência) dispõe de competência legislativa própria, concorrential com a competência legislativa genérica da Assembleia da República (respectivamente, artigos 198.º, n.º1, alínea a), e 161.º, alínea c), da Constituição). Vale isto por dizer que a autorização legislativa ao Governo não visa atribuir-lhe uma natureza de competências (legislativa) de que não dispusesse já, mas antes franquear-lhe, balizando a sua intervenção legislativa posterior, o acesso à criação legislativa em matérias, em princípio, reservadas à Assembleia da República. E neste contexto se compreende o posicionamento do Tribunal Constitucional quanto à inconstitucionalidade orgânica originada por intervenção legislativa do Governo não autorizada em matérias elencadas no artigo 165.º da Constituição: aquele Tribunal vem dizendo de modo consistente que para que seja relevante, em termos de corresponder a uma inconstitucionalidade orgânica, a invasão do âmbito da competência legislativa reservada da Assembleia da República não basta que o decreto-lei não autorizado diga respeito a alguma daquelas matérias, importa ainda que disponha de modo a alterar a ordem jurídica vigente de modo substancial, conforme aponta o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 211/2007.

Prosseguindo, no tocante aos direitos fundamentais análogos a direitos liberdades e garantias, como é o direito de propriedade, não há uma posição unânime quanto ao alcance da equiparação de regime constante do artigo 17.º da Constituição, em matéria de regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias. Há quem entenda que a reserva relativa de competência legislativa, prevista no artigo 165.º, n.º1, alínea b), diz exclusivamente respeito *“às matérias versadas nos títulos I e II da parte I, por referência a todos os seus preceitos,*



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

independentemente da análise estrutural das situações jurídicas aí contempladas, mesmo que, em rigor algumas não possam ser qualificadas como direitos fundamentais, mas apenas como garantias institucionais” (cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Anotada, Pág. 534). Esta não é a posição dominante nem a que tem sido adoptada pelo Tribunal Constitucional.

Em boa verdade, o Tribunal Constitucional nunca rejeitou a aplicação do regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias aos direitos fundamentais análogos; restringe, todavia, a sua aplicação às situações em que esteja em causa o respectivo “conteúdo essencial” do direito análogo, referindo que *“a jurisprudência consolidada deste Tribunal sobre esta questão, incluindo a que se refere ao direito de iniciativa económica privada, segue uma posição intermédia que distingue as normas relativas ao núcleo essencial do direito fundamental, a que se aplica analogicamente a reserva de lei parlamentar, das normas relativas as aspetos ou áreas marginais, de menor relevância, relativamente às quais não se justifica a intervenção parlamentar. A extensão máxima da reserva de competência parlamentar insita na alínea b), do n.º 1, do artigo 165.º abrange também os direitos análogos do artigo 17.º, quando o conteúdo concreto da norma incide sobre o núcleo essencial do direito fundamental”* (cf. Acórdãos, n.ºs 371/91, 329/99, 187/01, 289/04, 358/05, 14/2009, 793/2013 e 75/2013 e Acórdão n.º 545/2015)

Assim, socorrendo-nos da posição do Tribunal Constitucional, a aplicação do referido regime orgânico de protecção só teria lugar caso estivesse em causa (particularmente quanto aos accionistas e aos obrigacionistas subordinados) uma afectação do conteúdo essencial do direito de propriedade introduzida pelas mencionadas normas do Decreto-Lei n.º 114-A/2014.

Não é esse o caso. Ainda nesta matéria, revelando a natural dificuldade em firmar o que deva entender-se por conteúdo essencial de um direito fundamental análogo a direitos, liberdades e garantias como é o direito de propriedade, o Tribunal Constitucional vem aproximando a sua análise desviando o foco para o concreto impacto da norma sobre o direito de propriedade em causa. Parte da distinção entre medidas restritas e medidas conformadoras do direito de propriedade concretamente em causa, para concluir que só carecem de autorização legislativa parlamentar as intervenções do Governo que tenham



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

natureza restritiva e alcance ablativo do direito de propriedade em causa — cfr. com interesse o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 491/02.

Regressando ao caso dos autos e recuperando a caracterização feita *supra* das normas introduzidas no RGICSF pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, verifica-se que as alterações em causa assentam na consagração do princípio “*no creditor worse off*” — reforçando ou esclarecendo a situação dos titulares de créditos sobre o banco intervencionado -, o que faz com que o seu direito de propriedade não fique mais constrangido à luz do regime anterior do que já se encontrava à luz do regime resultante do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro (aprovado no uso de autorização legislativa parlamentar).

Ou seja, os interesses patrimoniais invocados pelos accionistas e credores subordinados, alegadamente afectados pela medida de resolução, não encontram a sua lesividade nas normas do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, mas sim no regime resultante das alterações operadas ao RGICSF pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro.

Neste sentido, improcedem as alegações de inconstitucionalidade orgânico-formal, do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, face à violação do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição.

Diferente questão é a que se relaciona com a invocação da falta da autorização legislativa, do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, ao abrigo do disposto na alínea l) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP, na medida em que tais normas, na óptica dos autores, representam uma intervenção do Estado restritiva do direito de propriedade e da liberdade de iniciativa económica privada, que constituem uma forma de apropriação pública, em tudo análoga a uma nacionalização ou expropriação, que fica sujeita não apenas ao regime da reserva de lei, nos termos do artigo 83.º da Constituição, mas sim ao regime da reserva relativa de lei parlamentar, nos termos do referido artigo 165.º da Constituição.

Vejam, então do respectivo fundamento.

Estabelece o artigo 165.º, n.º 1, alínea l), da Constituição, que “*é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias salvo autorização ao Governo*” [...] *Meios e formas de intervenção, expropriação, nacionalização e privatização dos meios de*



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

produção e solos por motivo de interesse público, bem como critérios de fixação, naqueles casos, de indemnizações”.

Por sua vez, o artigo 83.º da Constituição estabelece que “*A lei determina os meios e as formas de intervenção e apropriação pública dos meios de produção, bem como os critérios de fixação da correspondente indemnização*”.

É certo e aceite, assim tem vindo a ser entendido pelo Tribunal Constitucional (cfr. com maior relevância o Acórdão n.º76/84) que “*o texto constitucional não impõe um princípio de tipicidade nesta matéria, pelo contrário, ao referir-se genericamente aos “meios e forma de intervenção e de apropriação pública dos meios de produção”, o artigo 83.º assume que tais medidas podem, contando que estejam previstas na lei “revestir vários meios e formas”* (cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, pág. 59).

Isto é, não existe uma catalogação certa, concreta, tipificante do que se possa entender por intervenção e de apropriação nos meios de produção, sendo certo que o entendimento quanto ao que seja meio de produção, pelo menos nos domínios em que aqui nos encontramos a decidir, se reconduz à ideia de “*bens geradores de rendimentos e de desenvolvimento económico, cujos benefícios não são apropriados apenas pelo proprietário, mas se estendem a toda a comunidade*” (cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, págs. 1239 e segs.)

Percorrendo as diversas revisões constitucionais, verifica-se que a norma prevista no artigo 83.º da Constituição, mais especificamente, no que concerne aos diversos tipos de intervenção, tem hoje um significado próprio e distinto do que assumia no contexto de anteriores versões do texto constitucional, nomeadamente no seu texto originário, no qual se inseria num contexto de programática apologia de apropriação pública ou colectiva dos meios de produção, e nomeadamente dos integrantes do sector privado e de garantia de irreversibilidade das nacionalizações.

E, neste sentido, na apreciação e interpretação actual que fazemos do referido artigo, resulta evidente que o significado de outrora está hoje esvaziado ou neutralizado, não só em resultado da evolução das diversas redacções constitucionais, com maior expressão na revisão constitucional de 1989, com a completa “descarga” ideológica, bem



S.

R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

como do enquadramento euro-comunitário, necessário à compreensão da redacção que lhe foi dada em 1989, sendo certo que *“a dimensão constitucional específica da apropriação pública, conforme a mesma surge sistematicamente integrada na Parte II da CRP, não consiste propriamente numa diferenciação de regime jurídico face à expropriação nos termos em que tal distinção vem sendo elaborada, designadamente quando se atende à forma do respetivo ato (legislativo ou administrativo), à sua teleologia fundamental (política ou outra), ou ao regime da respetiva indemnização (mais vinculada e justa na expropriação do que na apropriação pública por nacionalização)”* (cfr. Rui Guerra da Fonseca, Comentário à Constituição Portuguesa, vol. II, cit, pág. 274).

E aqui chegados, sem necessidade de mais considerações teóricas, a questão que nos cumpre resolver não é a de saber se a medida de resolução, configura ou não um meio de intervenção nos meios de produção, para efeitos da sua qualificação como matéria reservada à Assembleia da República, nos termos da alínea l), do n.º1 do artigo 165.º — essa questão terá sido pertinente para definir os termos do exercício da competência legislativa aquando da criação legislativa da medida de resolução.

Conforme refere o artigo 145.º-C, n.º1, em termos práticos, a medida de resolução consiste na *“a) Alienação parcial ou total da actividade a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade em causa”*; ou na *“b) Transferência, parcial ou total, da actividade a um ou mais bancos de transição”*.

Ora, o que se verifica, nas medidas de resolução, é uma deslocação parcial de *“actividade”* - seja por via da *alienação*, seja por via da *transferência* - *“actividade”* esta que se reconduz ao conjunto dos *“activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão de uma instituição de crédito”*, conforme evidenciam os artigos 145.º-F e 145.º-G, do RGICSF.

Deslocação de actividade esta que, manifestamente, se configura, seja de que tipo for, como uma forma de intervenção nos meios de produção, aqui e em concreto, numa intervenção estatal numa actividade relacionada com *“comércio de dinheiro”*, na sua dimensão de meio de produção — ou seja do capital — como recurso central da actividade bancária, na qualidade de *“administradores do capital monetário”* como defendia Karl Marx, na sua clássica obra *“O capital”*.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

E é exactamente neste sentido, cremos, ainda que o legislador não o tenha dito, que tenha sido concedida a autorização ao Governo, através da Lei da n.º58/2011, por forma a que aquele último pudesse efectivamente estabelecer no ordenamento jurídico português, um regime que, não obstante resultar de uma preocupação internacional, designadamente europeia, como já *supra* se explanou, não deixa de tocar na garantia constitucional de propriedade de meios de produção, com reflexos na competência legislativa, conforme a que se encontra na alínea l) do n.º1 do artigo 165.º da Constituição.

Daqui se conclui, que o Decreto-Lei n.º31-A/2012, em abstracto, encerra no seu corpo normativo, um conjunto de normas que efectivamente representam uma intervenção estatal nos meios de produção, devidamente autorizado através da já mencionada Lei n.º58/2011.

Porém, tal não significa que toda ou qualquer norma contida no Decreto-Lei n.º31-A/2012, se atenha ou de alguma forma configure matéria relacionada com essa mesma intervenção estatal nos meios de produção, prevista na alínea l) do n.º1 do artigo 165.º da Constituição.

E o que acaba de ser dito é igualmente válido para a própria lei autorizativa que, a coberto da referência à reserva de competência legislativa pode, *de facto*, ir para além da matéria constitucionalmente abrangida, extravasando o objecto definido pelas alíneas do artigo 165.º, n.º1 da CRP e alargando a sua extensão a domínios que se inserem já no âmbito legislativo concorrencial da Assembleia da República e do Governo. Adiante-se que tal abrangência inusitada da lei de autorização no tocante a matérias fora do catálogo do artigo 165.º, n.º1 da CRP não acarreta consequência jurídicas, ou seja, não descaracteriza as matérias em causa nem altera o título ao abrigo do qual o Governo legislará no âmbito da sua competência legislativa concorrencial – o artigo 198.º, n.º1, alínea a) da CRP. Isto porquanto a lei de autorização legislativa não é apta — carece de força jurídica para tanto — a modificar a distribuição de competências legislativas constitucionalmente previstas.

Como *supra* se deixou já escrito, a aferição da conformidade constitucional de uma norma, no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade, passa por uma análise individual dessa mesma norma, e não do instituto ou figura jurídica globalmente



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

considerada, no caso o da resolução, pois que, “*a questão da inconstitucionalidade só pode e só deve ser conhecida na medida em que haja um nexo incindível entre ela e a questão principal objecto do processo*” (cfr. Jorge Miranda, Manuel de Direito Constitucional, VI, 3ª edição, Coimbra Editora, 2008, p.214).

Posto este enquadramento, e verificando-se efectivamente que as normas que regulam o mecanismo da resolução bancária representam, em abstracto, uma intervenção do Estado nos meios de produção — no caso concreto, no capital —, o que importa é aferir, tendo em consideração a invocação de inconstitucionalidade levada a cabo pelo autores, obrigacionistas, é se alguma das normas resultantes da alteração ao RGICSF resultantes da alteração levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º114-A/2014, já assinaladas como tendo relevância por terem aplicação ao caso concreto, é ou não organicamente inconstitucional, na medida em que consta de um decreto-lei simples, em alegada violação do disposto na alínea l) do artigo 165.º, n.º1 da Constituição, por falta de autorização parlamentar.

Contudo, e antes de continuar para a análise concreta desta questão, cumpre apenas referir que a invocação da inidoneidade parcial pelo Banco de Portugal não tem razão de ser no quadro invocado pelos autores obrigacionistas, na medida em que, a referência a “todas” as normas faz pressupor que consideram aqueles que todas as normas daquele diploma padecem de inconstitucionalidade orgânica, cabendo ao tribunal conhecer do que deve ser conhecido, ou seja, por referência às normas que tenham um “nexo incindível” com o objecto do processo, no caso a medida da resolução, e não outras nos quais não se vislumbre tal nexo.

Recuperando aqui a análise feita *supra* das alterações relevantes para o caso introduzidas no RGICSF pelas normas do Decreto-Lei n.º114-A/2014, a questão que se coloca é a de saber se alguma delas configura um meio de intervenção nos meios de produção que exigisse a observância de lei de autorização legislativa parlamentar, nos termos do artigo 165.º, n.º1, alínea l), da Constituição, sendo a resposta, adiante-se, negativa.

É que, no quadro das alterações gizadas pelo Decreto-Lei n.º114-A/2014, *supra* exposto não se vislumbra qualquer norma que implique ou consubstancie qualquer



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

intervenção num meio de produção, o que não quer dizer que com essa mesma intervenção não se relacione e interligue, na medida em que nela tem origem ou surge como circunstância natural da sua prática.

Em bom rigor, as alterações operadas pelo Decreto-Lei n.º114.º-A/2014 ao RGICSF mais não visam do que clarificar o regime da resolução (essa sim, uma intervenção) anteriormente consagrado, e não constituir-lo, designadamente naquilo que configura o seu núcleo essencial, que é o da “intervenção” do Banco de Portugal - através da alienação ou transferência - no “meio de produção” consubstanciado nos activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão da instituição alvo da medida. Que o mesmo é dizer que os requisitos e meios para ser determinada a intervenção restritiva ou ablativa da propriedade, a que se reporta o já mencionado artigo 83.º da Constituição — não foram fixados nem alterados pelas normas constantes do Decreto-Lei n.º114.º-A/2014. Por outro lado, também este diploma não cuida de fixar quaisquer critérios de indemnização de proprietários dos meios de produção intervencionados e também nessa medida não se submete àquela alínea I).

Conforme se viu, as normas *supra* referidas vêm regular, clarificando-o, o regime de compensações devidas aos credores, contemplando um regime tendencialmente mais garantístico e proteccionista destes, bem como introduzir um princípio de equiparação dos pequenos investidores (participações sociais inferiores a 2% do capital) aos depositantes, numa lógica de tratamento dos mesmos, não enquanto accionistas, mas enquanto consumidores de produtos financeiros, e por esta razão, merecedores dessa equiparação. E, como se viu, tais normas merecem enquadramento enquanto regulação e conformação de um direito fundamental, o de propriedade, e não no âmbito da intervenção prevista pelo art.º 165.º, n.º1, alínea I), da Constituição.

Note-se que a escolha daquela percentagem no Decreto-Lei n.º114-A/2014, não foi sequer inovadora, porquanto a mesma vem decalcada do Código dos Valores Mobiliários, designadamente nos artigos 16.º e 23.º-A, que fixam esse mesmo patamar percentual, para efeitos constitutivos de um conjunto de direitos obrigações, por referência a um critério de capacidade para a influência na gestão



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Como já referimos e repetimos, se é certo que a medida de resolução configura uma efectiva intervenção estatal nos meios de produção, nem todas as normas convocadas no momento de aplicar tal medida integram a matéria dos “*meios e formas de intervenção*” estatal nos “*meios de produção*”, prevista na alínea l) do n.º1 do artigo 165.º da Constituição. E, concretamente, as normas resultantes das alterações ao RGICSF introduzidas pelo Decreto-Lei n.º114-A/2014 nada dispõem sobre essa intervenção nem constituíram a norma legal habilitante da decisão administrativa de resolução aqui impugnada.

Isto mesmo se demonstra no seguinte cenário: a tomada de uma medida de resolução, tal como a que está em causa nos presentes autos, seria ainda e sempre possível sem as normas que o Decreto-Lei n.º114-A/2014 veio aditar ao RGICSF, pois que ainda que com contornos diferentes, a mesma não deixaria de produzir os devidos efeitos “resolutivos”, de intervenção nos meios de produção.

Entenda-se que a “*norma de reserva relativa significa isto: que no planeamento constitucional dos órgãos, há um, a Assembleia, considerado o mais idóneo para regular certa matéria; mas que se admite que esse órgão, por sua vez, quando e como entender, possa abrir-se à colaboração de outro órgão, o Governo, na regulamentação da mesma matéria [...]*” (cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, ob. cit) e neste sentido é por demais evidente que tal reserva deverá ficar “reservada” à edificação das normas que efectivamente exijam essa idoneidade.

Por fim, refira-se que normas do Decreto-Lei n.º114-A/2014 clarificaram um regime que decorre da natureza das coisas, na medida em que serão sempre os accionistas os “últimos da cadeia falimentar”, sendo os que primeiramente sofrerão os prejuízos, aliás, como decorre das regras gerais de liquidação, previstas no Decreto-Lei n.º199/06, de 25 de Outubro e n.º1 do artigo 8.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Recorde-se que o Decreto-Lei n.º114-A/2014, no respeito pelo primado do direito da União Europeia, também mais não faz do que proceder a uma transposição, meramente parcial, de uma Directiva Europeia que visa harmonizar nos domínios da União Bancária, a figura da resolução. Por esta razão, não se trata aqui, de uma “invenção” ou “inovação” de um regime, ou da criação de uma figura, que é juridicamente estranha ou desconhecida das instituições de crédito que operavam no mercado, nessa data, aliás a mesma era já



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

conhecida do próprio BES e levada em linha de conta, como sendo passível de aplicação, conforme se afere pelo prospecto de oferta pública de subscrição, datado de 20/05/2014 (cfr. alínea oo) do probatório), sendo certo que a medida resolução já estava em vigor no ordenamento jurídico português, desde o Decreto-Lei 31-A/2012.

Face ao exposto, se conclui que o Decreto-Lei n.º114-A/2014, não carecia de qualquer lei autorizativa, nos termos constitucionalmente previstos no artigo 165.º da Constituição, termos em que improcede a alegação de inconstitucionalidade, e bem assim o pedido de desaplicação da norma ao caso concreto.

Por último, cumpre ainda referir, no que à inconstitucionalidade orgânica do Decreto-Lei n.º114-A/2014, diz respeito, com fundamento no princípio do paralelismo das formas, que se tal princípio assume relevância nos domínios do Direito Administrativo, enquanto ramo de direito especialmente relacionado e vocacionado para uma função secundária do Estado - a função administrativa - ele é estranho nos domínios do Direito Constitucional, designadamente na parte relativa às competências legislativas, enquanto parte integrante das funções primárias do Estado, a função política e legislativa.

Em bom rigor, ou a matéria se insere no catálogo previsto no n.º1 do artigo 165.º da Constituição, e bem assim se encontra reservada relativamente à Assembleia, que legisla ou autoriza o Governo a legislar - o que este fará ao abrigo do artigo 198.º, n.º1, alínea b) - ou, caso contrário, a matéria não se encontra reservada à Assembleia e encontra-se no domínio legislativo concorrencial, ou seja aberta à Assembleia - que legisla ao abrigo do artigo 161.º, alínea c), e ao Governo - que legisla ao abrigo do artigo 198, n.º1, alínea a) da Constituição - em pé de igualdade.

Veja-se que, se assim não fosse, estaria aberto o caminho para que a Assembleia da República, através de leis de autorização legislativa, em matérias não previstas no artigo 165.º da Constituição, levasse a cabo uma autêntica derrogação da Constituição, subtraindo competências legislativas ao Governo.

É, neste último caso, no domínio concorrencial, que tem plena aplicação a primeira parte do artigo 112.º, n.º2, da Constituição que consagra que *“[a]s leis e os decretos-lei têm igual*



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

valor”, ficando a “subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa” restrita ao caso dos decretos-leis que versem sobre as matérias do artigo 165.º n.º1 da Constituição.

Nestes termos, improcede também a alegação de inconstitucionalidade das normas do Decreto-Lei n.º114-A/2014, com fundamento na violação do paralelismo das formas.

Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, por violação do sentido da autorização legislativa constante da Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro

Invocam os Autores, obrigacionistas, de forma subsidiária ao *supra* invocado fundamento, em síntese, que as normas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 145.º-H, do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, violam o sentido da lei de autorização legislativa, tal como resulta do n.º11 do artigo 5.º da Lei n.º58/2011, na medida em que o Governo restringiu as amplas prerrogativas de apreciação e decisão que a lei de autorização queria ver conferidas ao Banco de Portugal, e determinou, inovatoriamente, sem apoio na lei parlamentar de autorização, a permanência na esfera jurídica da instituição intervencionada das posições passivas correspondentes aos direitos dos accionistas e seus familiares, aos direitos dos titulares dos órgãos de administração ou fiscalização, aos direitos dos titulares de obrigações subordinadas e aos direitos dos pretensos responsáveis pelo estado da instituição, tendo o Governo ultrapassado os limites materiais da credencial parlamentar, exercendo competências legislativas que desrespeitam os limites da habilitação conferida pela Assembleia da República, nos termos do artigo 165.º n.º. 2, padecendo aquelas normas de ilegalidade qualificada, por violação de lei de valor reforçado, nos termos do artigo 112.º, n.º2 da CRP.

Por sua vez o Banco de Portugal defende que, ao invés do invocado, a Lei n.º58/2011, designadamente o n.º11 do artigo 5.º, mais não é do que uma habilitação parlamentar da concessão legislativa dada ao Governo, para que este conceda poderes discricionários para, em cada caso concreto, determinar que activos e passivos são



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

transferidos para o banco de transição, mas constitui também uma habilitação para o Governo estabelecer legislativamente, em abstracto, o “regime da resolução” que o Banco de Portugal deve aplicar em cada caso concreto, sujeito à sua apreciação, estabelecendo, no âmbito desse próprio regime, quais os activos e passivos que o Banco não pode transferir para os bancos de transição.

Nestes termos, conclui, que o Governo estava mandatado para estabelecer um “regime de resolução” e dentro deste para conferir amplos poderes ao Banco de Portugal na aplicação concreta de medidas de resolução, bem como para assegurar que nesse regime os accionistas e credores da instituição de crédito respondessem prioritariamente pelos respectivos prejuízos.

Vejamos.

Está em causa na presente questão saber se as normas do n.º2 e 3.º do artigo 145.º-H, do RGICSF, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º31-A/2012, padecem de inconstitucionalidade orgânica, ou se de ilegalidade qualificada, por violar os limites materiais da autorização legislativa, em concreto, conferida pelo artigo 5.º, n.º2 e 11.º, da Lei n.º58/2011.

Como já *supra* referimos, as leis de autorização legislativa, emanadas pela Assembleia da República, nos domínios das matérias legislativas que se lhe encontram “relativamente” reservadas, nos termos do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, devem restringir-se apenas a essas matérias e não abranger outras, sendo evidente que, por vezes, no desenvolvimento legístico do “objecto”, “sentido” e “extensão” da lei de autorização, que é feito nos termos do n.º2 do artigo 165.º da Constituição, se vá para além das matérias que se encontram reservadas, o que naturalmente ocorre pela dificuldade legística em “isolar” juridicamente essas matérias das outras, bem como pela decorrência natural de uma abrangência normativa de matérias que, ainda que não lhe estejam reservadas, acabam por ser abarcadas por relação.

É exactamente por esta razão que a Assembleia está sujeita a quatro ordens de limites – “*limites substanciais, formais, subjectivos e temporais*” (cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros,



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

ob cit... pág 541) quando autoriza o governo a legislar sobre determinada matéria, servindo tais limites como pontos de referência de conformidade e compatibilidade do próprio decreto-lei autorizado.

E tais pontos de referência mais não são do que balizas do legislador por excelência, que têm consequências jurídicas, caso não sejam respeitados, pois que “[s]e o acto autorizado exceder a autorização, quanto ao objecto ou quanto ao tempo será organicamente inconstitucional. Se desrespeitar os seus limites formais, será formalmente inconstitucional. Se porém, o seu sentido contradisser o da lei de autorização será ilegal – por ilegalidade material – e não inconstitucional, como decorre do artigo 112.º, n.º 2º” (cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, ob cit... pág 541).

Feito este enquadramento prévio, vejamos das normas em concreto.

Estabeleceu o artigo 5.º da Lei n.º 58/2011, sob a epígrafe “Sentido e extensão da autorização legislativa quanto às medidas de resolução”

“1 — No uso da autorização legislativa conferida pela alínea d) do n.º 2 do artigo 1.º, pode o Governo criar um regime de resolução, tendo em vista assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais, evitar o contágio sistémico e eventuais impactos negativos no plano da estabilidade financeira, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e a confiança dos depositantes.

2 — Fica o Governo autorizado a determinar que, no âmbito da aplicação de qualquer medida de resolução, o Banco de Portugal procura assegurar que os accionistas e os credores das instituições assumem prioritariamente os prejuízos em causa, de acordo com a respectiva hierarquia, com excepção dos depósitos garantidos nos termos dos artigos 164.º e 166.º do RGICSF.

3 — Fica o Governo autorizado a determinar que, quando as instituições não cumpram ou estejam em risco de não cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da respectiva actividade, o Banco de Portugal pode aplicar as seguintes medidas de resolução:

a) Alienação parcial ou total da actividade a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade em causa;

b) Transferência parcial ou total da actividade para um ou mais bancos de transição.

[...]

11 — Fica o Governo autorizado, para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 3, a regular a transferência parcial ou total da actividade para um ou mais bancos de transição, a estabelecer o regime dos



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

bancos de transição e a atribuir competência ao Banco de Portugal para definir as regras aplicáveis à criação e ao funcionamento dos bancos de transição, nos seguintes termos:

a) O Banco de Portugal pode determinar a transferência, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão das instituições para um ou mais bancos de transição para o efeito constituídos, com o objectivo de permitir a sua posterior alienação a outras instituições autorizadas a desenvolver a actividade em causa;

b) [...];

e) Após a transferência prevista nas alíneas anteriores, o Banco de Portugal pode, a todo o tempo:

i) Transferir outros activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão das instituições originárias para o banco de transição;

ii) Transferir activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão do banco de transição para as instituições originárias”;

[...]

Por sua vez, o n.º1 do artigo 145.º-G do Decreto-Lei n.º31-A/2012, prevê que “ *[o] Banco de Portugal pode determinar a transferência, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão de uma instituição de crédito para um ou mais bancos de transição para o efeito constituídos, com o objectivo de permitir a sua posterior alienação a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade em causa*”

E os n.ºs 1, 2, 3 e 5 do artigo 145.º-H do mesmo diploma, prevêem que :

“ 1 — O Banco de Portugal selecciona os activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão a transferir para o banco de transição no momento da sua constituição.

2 — Não podem ser transferidas para o banco de transição quaisquer obrigações contraídas pela instituição de crédito originária perante:

a) Os respectivos accionistas, membros dos órgãos de administração ou de fiscalização, revisores oficiais de contas ou sociedades de revisores oficiais de contas ou pessoas com estatuto semelhante noutras empresas que se encontrem em relação de domínio ou de grupo com a instituição;

b) As pessoas ou entidades que tenham sido accionistas, exercido as funções ou prestado os serviços referidos na alínea anterior nos quatro anos anteriores à criação do banco de transição, e cuja acção ou



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

omissão tenha estado na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito ou tenha contribuído para o agravamento de tal situação;

c) Os cônjuges, parentes ou afins em 1.º grau ou terceiros que actuem por conta das pessoas ou entidades referidos nas alíneas anteriores;

d) Os responsáveis por factos relacionados com a instituição de crédito, ou que deles tenham tirado benefício, directamente ou por interposta pessoa, e que estejam na origem das dificuldades financeiras ou tenham contribuído, por acção ou omissão no âmbito das suas responsabilidades, para o agravamento de tal situação, no entender do Banco de Portugal.

3 — Não podem ainda ser transmitidos para o banco de transição os instrumentos utilizados no cômputo dos fundos próprios da instituição de crédito cujas condições tenham sido aprovadas pelo Banco de Portugal.

[...]

5 — Após a transferência prevista no n.º 1, o Banco de Portugal pode, a todo o tempo:

a) Transferir outros activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão da instituição de crédito originária para o banco de transição;

b) Transferir activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão do banco de transição para a instituição de crédito originária.

Aqui chegados, confrontadas que sejam as normas de “autorização” com as normas “autorizadas” não se vislumbra em que medida as mesmas não estejam em conformidade ou não sejam compatíveis, ou que de alguma forma extravasem o sentido ou o alcance da lei de autorização.

É que os autores partem do pressuposto errado de que o Governo, designadamente no n.º 2 e 3.º, do artigo 145.º-H, se encontra a restringir prerrogativas de poder de selecção do Banco de Portugal, que a lei de autorização quis ver ampliadas, condicionando essa selecção, normativamente, através da permanência na esfera jurídica da instituição intervencionada das posições passivas correspondentes aos direitos do accionistas e seus familiares, aos direitos dos titulares dos órgãos de administração ou fiscalização, aos



S.

R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

direitos dos titulares de obrigações subordinadas e aos direitos dos pretensos responsáveis pelo estado da instituição.

Contudo, assim não é.

Uma coisa é a definição do regime legal da resolução na Lei, outra coisa é a margem livre de apreciação que deve ser dada à Administração para a concretização efectiva desse mesmo regime.

Compreenda-se que o regime da resolução foi edificado pelo Governo, através da definição legal e normativa, na parte relativa à transferência de actividade, entendida como os “*activos, passivos e elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão*” – aqui se definindo “no que deve ir” para o “banco bom” e o que deve “ficar” no “banco mau” - ao abrigo do n.º1 do artigo 5.º da Lei de autorização legislativa, que acomete ao Governo a responsabilidade de “*criar um regime de resolução*”.

Contudo, tal realidade abstracta não se confunde com a atribuição da necessária discricionariedade administrativa ao Banco de Portugal - discricionariedade esta aqui entendida como, a possibilidade de adoptar qualquer uma de várias soluções legalmente admissíveis – que era querida pelo n.º2 do artigo 5.º da lei de autorização legislativa, ao investir o Governo na competência de “*determinar que, no âmbito da aplicação de qualquer medida de resolução, o Banco de Portugal procura assegurar que os accionistas e credores das instituições assumem prioritariamente os prejuízos em causa*”, razão pela qual se permite ao Banco de Portugal, que na prossecução de tal objectivo, selecione ele próprio, em “concreto”, os “*activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão a transferir para o banco de transição no momento da sua constituição*”.

Do exposto, resulta evidente que a Lei n.º58/2011 encerra, em si mesma, nas normas *supra* descritas, uma autorização ao Governo para atribuir amplos poderes discricionários de selecção de activos e passivos ao Banco de Portugal, no caso concreto da aplicação da medida (cfr. n.º2 e n.º11, do artigo 5.º), e uma autorização para constituir e edificar o próprio regime, de forma abstracta, (cfr. n.º1 do artigo 5.º), não prejudicando a “abstracção” do regime - que caracteriza qualquer norma jurídica - a discricionariedade



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

administrativa que serve essa mesma “*abstracção*” na aplicação “*concreta*” da norma, em pleno cumprimento do princípio da legalidade.

Nestes termos, improcede a alegada inconstitucionalidade.

Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, por violação do princípio da reserva de lei e do estatuto constitucional de Governo

Invocam os Autores, obrigacionistas, em síntese, que dos preceitos dos artigos 145-G, n.º1, c 145.º -H, n.º1 e n.º5, aditados ao RGICSF pelo Decreto-Lei n.º31-A/2012, resulta a atribuição ao Banco de Portugal de uma verdadeira “autorização em branco”, para decidir de forma totalmente livre a alocação de activos e passivos entre o “banco bom” e “banco mau”, esquecendo por completo que nos domínios de reserva de lei as opções materiais cabem ao legislador e nunca à Administração, sendo certo que a necessária densificação da habilitação normativa e consequente determinabilidade dos termos em que a intervenção sobre o direito de propriedade pode ocorrer está de todo ausente do n.º1 do artigo 145.º-G e dos n.ºs 1 e 4 do artigo 145.º-H do Decreto-Lei n.º31-A/2012, sendo por isso inevitável concluir pela sua inconstitucionalidade, pelo poder legislativo colocado nas mãos do Banco de Portugal, sem balizas, em áreas que a Constituição estabelece como domínios de reserva de lei e reserva de lei parlamentar, violando ainda o estatuto constitucional do Governo, na medida em que se faz substituir pelo Banco de Portugal em opções discricionárias com enorme relevância política e em decisões administrativas primárias, isentas de controlo, de legitimação e de responsabilização jurídico-administrativa., termos em que defende a inconstitucionalidade das referidas normas do Decreto-Lei n.º31--A/2012.

Por sua vez o Banco de Portugal defende, em suma, que as normas do Decreto-Lei n.º31-A/2012, gozam de suficiente densidade normativa como parâmetros da actuação do Banco de Portugal, não incorrendo em qualquer violação do princípio da reserva de lei, tal como esta é entendida constitucionalmente e o impõe uma sã organização e funcionamento de um legítimo (democrático) Estado de Direito, pois que, para além de não estarmos perante matérias de direitos, liberdades e garantias, como invoca a autora, se verifica que a



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

densificação normativa levada a cabo pelo Governo legislador foi a suficiente para a concretização dos pressupostos e finalidade que a medida de resolução encerra, sendo impossível ao legislador, designadamente em matérias tão complexas, como a da resolução, antecipar-se a todas as variáveis e regular antecipadamente todos os critérios a observar em caso de incumprimento (ou sério risco de incumprimento) das obrigações de uma instituição de crédito com importância sistémica.

Defende ainda que, não obstante ser óbvio a necessidade de contemplar amplas prerrogativas de discricionariedade ao Banco de Portugal, no exercício dessa mesma margem livre de apreciação e decisão, se encontra sempre balizada pelos concretos termos das normas e princípios que subjazem à aplicação da medida de resolução, não se confundindo, por esta razão, a discricionariedade concedida no Decreto-Lei n.º31-A/2012, com qualquer “norma legal em branco” ou “cheque em branco” passado ao Banco de Portugal.

Vejamos.

Como premissa prévia de análise, e na sequência do já *supra* decidido, não procede a alegação de que a matéria da resolução, se integre no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, pelo que a questão da reserva de lei que invoca, não se correlaciona com qualquer reserva de lei, da competência exclusiva da Assembleia, mas eventualmente, no âmbito de matéria legislativa concorrencial.

É certo que o n.º1 do artigo 145-G prevê que o “*Banco de Portugal pode determinar a transferência, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão de uma instituição de crédito para um ou mais bancos de transição para o efeito constituídos, com o objectivo de permitir a sua posterior alienação a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade em causa*” e que os n.ºs1 e 5 do artigo 145-H, prevêem que “*O Banco de Portugal selecciona os activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão a transferir para o banco de transição no momento da sua constituição*” e ainda que “[a]pós a transferência prevista no n.º 1, o Banco de Portugal pode, a todo o tempo [...] a) Transferir outros activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão da instituição de crédito originária para o banco de transição” e “Transferir activos, passivos,



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão do banco de transição para a instituição de crédito originária”, contudo, não se pode dizer que este não tenha sido exactamente o objectivo do legislador, sem que tal belisque qualquer princípio de reserva de lei.

É que o que se estabelece nas normas *supra* referidas, é manifestamente a concessão de discricionariedade administrativa ao Banco de Portugal, discricionariedade esta, que tem vindo a ser entendida e denominada actualmente como “*margem de livre decisão*” (cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, 2ª ed., Lisboa, 2007, pág. 180 e segs.)

A questão mais premente é se efectivamente essa discricionariedade é ou não legalmente necessária ou se porventura o legislador a deveria ter reduzido e condicionado, através de uma elevada densificação normativa, por referência à reserva de lei, numa perspectiva totalmente redutora da acção ou actuação administrativa na aplicação da lei ao caso concreto, ou seja, em actividade estritamente vinculada e em plena redução da discricionariedade administrativa “a zero”.

Entenda-se que, no quadro Constitucional vigente, não faz qualquer sentido uma consideração de discricionariedade administrativa, enquanto exercício totalmente livre ou arbitrário da Administração, mas sim como uma forma de actuação para a qual se encontra normativamente habilitada. Este espaço de “livre apreciação e decisão” vai desde a estrita vinculação ao extremo oposto da discricionariedade administrativa na sua verificação máxima, que não nunca se confunde com arbitrariedade.

Daqui decorre que não há discricionariedade administrativa sem norma, isto é, a discricionariedade surge como resultado normativo, e não se verifica a não ser dentro desse mesmo resultado, que se concretiza numa “*escolha entre alternativas: o que a identifica é, exactamente, a circunstância de se tratar de uma situação, derivada de uma norma, em que se apresentam alternativas e em que deve ser realizada uma escolha*” (cfr. David Duarte; *A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa)*, O Provedor de Justiça – Novos Estudos, Lisboa 2008).

Conclui-se assim que a margem de livre decisão se encontra adstrita, não só às normas que a enformam e a possibilitam, bem como ao bloco de legalidade, globalmente



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

considerado, *maxime* aos princípios fundamentais que regem a Administração, constitucionalmente previstos no artigo 266.º da Constituição.

Neste sentido, há que compreender que os poderes discricionários que foram concedidos, normativamente, ao Banco de Portugal, se inserem no bloco de legalidade *supra* referido, tendo em consideração os pressupostos da concessão desses mesmos poderes.

Veja-se que uma medida de resolução tem como grandes finalidades evitar o contágio sistémico ou evitar eventuais impactos negativos no plano da estabilidade financeira, tendo como pano de fundo um cenário alternativo de liquidação de uma instituição bancária, e para minimizar os custos para o erário público ou para salvaguardar da confiança dos depositantes, assegurando que os accionistas da instituição de crédito, bem como os credores, assumem prioritariamente os seus prejuízos, de acordo com a respectiva hierarquia e em condições de igualdade dentro de cada classe de credores.

Tal implica que a entidade administrativa, que centraliza no seu seio todas as operações de aplicação de tal medida, tenha poderes suficientes para atingir aquelas finalidades.

Só na aplicação “concreta” da realidade jurídica “abstracta” da figura da medida da resolução, levada a cabo pelo Banco de Portugal, em respeito pelo regime erigido a partir da vontade legislativa primária da Assembleia da República, é que surge essa efectiva discricionariedade, pois que é ali, naquele preciso momento, que se exige “*um poder próprio na decisão de casos concretos*” (cfr. Vieira de Andrade, “*O ordenamento Jurídico Administrativo Português*”, in *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986, p.42).

Revisitando todo o mecanismo da resolução previsto no RGICSF, verifica-se que o mesmo se encontra recheado de normas atributivas de discricionariedade ao Banco de Portugal, para que aquele - detentor do conhecimento e técnica adequada - no caso concreto e em momentos-chave do processo resolutivo, realize juízos de oportunidade e conveniência, que à Lei, enquanto realidade estritamente estanque e estritamente deontica, seria impossível de realizar, em momento prévio, a qualquer necessidade de resolução.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

São momentos particularmente importantes na aplicação da medida da resolução, o tipo de medida e a necessidade das demais medidas complementares previstas, que no fundo representam escolhas efectuadas pela autoridade administrativa, em função da concreta situação da instituição de crédito e no pressuposto de que as que escolhe são as mais aptas à prossecução dos objectivos a que a medida se destina.

A complexidade e multipolaridade de interesses existentes numa medida de resolução é demasiado grande para que o legislador, ainda que quisesse, a pudesse regular em todos os aspectos e pela qual a mesma se compõe na realidade da sua aplicação prática.

Em bom rigor, e no caso concreto, a reserva de lei existente encontra-se nas referidas normas até ao limite da sua capacidade abstracta de regulação, limite a partir do qual “remete” e habilita a função administrativa à posterior definição concreta da aplicação do direito ao caso concreto, e fá-lo, utilizando expressões na estatuição da norma, como por exemplo “*pode determinar*”, ou “*para um ou mais bancos*”, “*selecciona*” ou “*pode, a todo o tempo* [...] a) *Transferir outros activos,*”, que se encontram no artigo 145.º-G e 145-H do RGICSF, e que encerram o “*mandato de determinação possível*” para o mecanismo que se pretende regular, com a permissão e a criação justificada de alternativas para a solução de um problema jurídico que depende de uma opção verdadeiramente administrativa, e não legislativa.

Por outro lado, e directamente relacionado com que se acabou de dizer, nestes casos, a lógica de reserva de lei e bem assim do estatuto constitucional do Governo, cessa aquando da concretização da norma que habilita a Administração a essas escolhas discricionárias, e se entra no domínio da existência de uma reserva específica (e não geral) da Administração, por respeito ao “*princípio da separação de poderes como comando de optimização da distribuição orgânica das funções: efectivamente, tendo em conta as suas características orgânico-pessoais e orgânico institucionais, a administração é mais apta e encontra-se mais legitimada para exercer, de modo auto responsável, a função administrativa*” (cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, ob cit., pág 134).

Face ao exposto, facilmente se conclui que nas, normas invocadas, não foi violada qualquer reserva de lei, nem mesmo o estatuto constitucional de Governo, porquanto as



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

mesmas, ao contrário do invocado pelos autores, representam, não uma substituição do Governo por parte do Banco de Portugal, mas sim a consagração da necessária e justificada discricionariedade administrativa, bem como a observância do princípio da separação de poderes constitucionalmente previsto.

É que esse espaço de margem de livre decisão não é exercido no quadro das funções primárias do Estado, mas sim, no quadro de funções secundárias, que são levadas a cabo por instituições constitucionalmente previstas, *in casu*, conforme dispõe o artigo 102.º da Constituição, o Banco de Portugal, que se encontra apto, obviamente, à aplicação concreta do direito à luz da finalidade normativamente prosseguida.

Nestes termos, improcede também a alegada inconstitucionalidade das normas.

Inconstitucionalidade da Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro, por violação do princípio da reserva de lei, e invalidade consequente do Decreto-Lei n.º 31-A/2012;

Invocam os Autores, obrigacionistas, em síntese, que a Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro, se limita a enunciar umas quantas finalidades genéricas para as medidas de resolução e a estabelecer um vago princípio orientador relativamente à repartição dos prejuízos resultantes da aplicação da medida de resolução, possibilitando pela via de um decreto-lei autorizado a restrição de um direito fundamental de natureza análoga e atribuindo vastos poderes discricionários ao Banco de Portugal, violando os requisitos de densificação e determinabilidade das leis que operam nas áreas reservadas ao legislador formal, termos em que pugna pela inconstitucionalidade das normas do decreto-lei autorizado, previstas no n.º 1 do artigo 145.º-G e dos n.ºs 1 e 5 do artigo 145.º-H do RGICSF, aditadas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, devendo ambos os diplomas ser desaplicados.

Por sua vez, o Banco de Portugal defende que o artigo 165.º, n.º 2, foi totalmente observado, na medida em que o sentido, a extensão e a duração da autorização, são absolutamente claros e precisos, definindo com a densidade suficiente esses parâmetros constitucionais das leis de autorização legislativa, consubstanciando uma “predefinição



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

parlamentar da orientação política da medida legislativa a adoptar”, no caso um regime de resolução bancária, com a definição da sua orientação finalística, com a definição das duas modalidades, a concessão para a determinação da aplicação dessas mesmas modalidades estabelecendo ainda a finalidade da criação do banco de transição e da transferência, para este, de activos e passivos, do banco resolvido, sendo a adequada para os objectivos a que se propunha.

Vejamos.

Antes de mais, cumpre referir que a invocação da *supra* referida alegação de inconstitucionalidade, por parte dos autores, não deixa de estar em contradição com o que alegam, designadamente nos seus artigos 231º e 232º da sua petição, porquanto ali expressamente invocam que a Lei n.º58/2011 traduz “*uma evidente intenção de delimitar fortemente o âmbito das valorações do Governo, desdendo a detalhes que antes seria insólitos num diploma desta natureza*”, e que a propósito das medidas de resolução, a referida Lei de autorização estabeleceu um regime tão denso “*que pouco espaço ficou para as opções tomadas em sede de decreto-lei*”.

É que, em boa verdade, analisada que seja a Lei n.º58/2011, não se pode deixar de concordar com o que os autores invocam quanto à “delimitação forte” dos poderes legislativos conferidos para a medida de resolução, o que vota ao insucesso, o argumento da inconstitucionalidade da referida lei de autorização legislativa.

Recuperando o que já *supra* se deixou escrito, as leis de autorização legislativa, emanadas pela Assembleia, nos domínios das matérias legislativas que se lhe encontram “relativamente” reservadas, nos termos do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, devem restringir-se apenas a essas matérias e não outras, sendo evidente que, por vezes, no desenvolvimento legístico do “objecto”, “sentido” e “extensão” da lei de autorização, que é feito nos termos do n.º2 do artigo 165.º da Constituição, se vá para além das matérias que se encontram reservadas, o que naturalmente ocorre pela dificuldade legística em “isolar” juridicamente essas matérias das outras.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

É exactamente por esta razão, como também já se deixou escrito, que a Assembleia está sujeita a quatro ordens de limites – “limites substanciais, formais, subjectivos e temporais” (cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, ob cit... pág 541) quando autoriza o governo a legislar sobre determinada matéria, servindo tais limites como pontos de referência de conformidade e compatibilidade, do próprio decreto-lei autorizado.

Porém, a avaliação desses limites, por vezes - o que não é o caso -, é de difícil aferição, sendo certo que o “[e]ssencial é, pois, que na autorização legislativa possam colher-se os princípios rectores que hão-de servir ao Governo de critério ou de linhas de orientação na produção da respectiva disciplina jurídica, mas basta que constem da lei de autorização os princípios, as directrizes ou as orientações gerais que habilitem o Governo a emitir a legislação autorizada e que, uma vez produzida essa legislação (autorizada) permitam às instâncias de controlo da constitucionalidade verificar se ela respeita o modelo que a Assembleia da República esboçou” (cfr. Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, Lisboa, 1990, policopiado, p. 471), o que não se confunde com qualquer obrigatoriedade de a autorização conter um “projecto do futuro decreto-lei”, não podendo contudo ser um “cheque em branco” emitido ao Governo (neste sentido, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2º volume, 2ª edição, Coimbra, 1985, p. 204).

Basta analisar o que dispõe o artigo 5.º da Lei n.º58/2011, de 28 de Novembro, sob a epígrafe, “sentido e extensão da autorização legislativa quanto às medidas de resolução”, para se concluir pela manifesta improcedência do fundamento de inconstitucionalidade arguida.

“1 — No uso da autorização legislativa conferida pela alínea d) do n.º 2 do artigo 1.º, pode o Governo criar um regime de resolução, tendo em vista assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais, evitar o contágio sistémico e eventuais impactos negativos no plano da estabilidade financeira, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e a confiança dos depositantes.

2 — Fica o Governo autorizado a determinar que, no âmbito da aplicação de qualquer medida de resolução, o Banco de Portugal procura assegurar que os accionistas e os credores das instituições assumem prioritariamente os prejuízos em causa, de acordo com a respectiva hierarquia, com excepção dos depósitos garantidos nos termos dos artigos 164.º e 166.º do RGICSF.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

3 — Fica o Governo autorizado a determinar que, quando as instituições não cumpram ou estejam em risco de não cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da respectiva actividade, o Banco de Portugal pode aplicar as seguintes medidas de resolução:

a) Alienação parcial ou total da actividade a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade em causa;

b) Transferência parcial ou total da actividade para um ou mais bancos de transição.

4 — Fica o Governo autorizado a estabelecer que, quando o Banco de Portugal decidir aplicar uma medida de resolução:

a) Ficam suspensos os membros dos órgãos de administração e de fiscalização das instituições em causa, procedendo o Banco de Portugal à designação dos membros dos órgãos de administração e de uma comissão de fiscalização ou fiscal único;

b) Pode o Banco de Portugal decidir suspender o revisor oficial de contas ou a sociedade de revisores oficiais de contas a quem compete emitir a certificação legal de contas e que não integram os respectivos órgãos de fiscalização, procedendo o Banco de Portugal à designação de outro revisor oficial de contas ou sociedade de revisores oficiais de contas para desempenhar tais funções;

c) Os membros dos órgãos de administração e de fiscalização suspensos nos termos do disposto na alínea a) ficam obrigados a fornecer todas as informações e a prestar a colaboração que lhes sejam solicitadas pelo Banco de Portugal ou pelos novos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, para efeitos da aplicação das medidas de resolução.

5 — Fica o Governo autorizado a estabelecer que os administradores designados pelo Banco de Portugal são remunerados pelas instituições e têm os poderes e deveres conferidos pela lei e pelos estatutos aos membros do órgão de administração e, ainda, os seguintes:

a) Os poderes e deveres previstos no n.º 2 do artigo anterior;

b) O poder de executar as decisões adoptadas pelo Banco de Portugal no âmbito da aplicação de medidas de resolução, sem necessidade de obter o prévio consentimento dos accionistas das instituições.

6 — Fica o Governo autorizado a estabelecer que os administradores nomeados exercem as suas funções pelo prazo que o Banco de Portugal determinar, no máximo de um ano, prorrogável até ao máximo de dois anos.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

7 — Fica o Governo autorizado a estabelecer que os membros dos órgãos de fiscalização designados pelo Banco de Portugal são remunerados pelas instituições.

8 — Fica o Governo autorizado a determinar que, nos casos em que sejam nomeados administradores para instituições integradas num grupo sujeito a supervisão em base consolidada, pode o Banco de Portugal igualmente nomear delegados, nos termos da subalínea i) da alínea c) do n.º 2 do artigo 3.º, para a empresa -mãe do respectivo grupo.

9 — Fica o Governo autorizado a estabelecer que os delegados nomeados pelo Banco de Portugal para a empresa -mãe de instituições integradas num grupo sujeito a supervisão em base consolidada são remunerados pelas instituições.

10 — Fica o Governo autorizado a regular a alienação total ou parcial da actividade das instituições, nos seguintes termos:

a) O Banco de Portugal pode determinar a alienação, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão das instituições a uma ou mais instituições autorizadas a desenvolver a actividade em causa, convidando -as a apresentarem propostas de aquisição;

b) Os activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão devem ser objecto de uma avaliação realizada por uma entidade independente designada pelo Banco de Portugal, a expensas das instituições objecto da medida de resolução;

c) O Banco de Portugal determina o montante do apoio financeiro a prestar pelo Fundo de Resolução previsto no artigo 6.º, caso seja necessário para facilitar a concretização da alienação;

d) O Banco de Portugal pode convidar o Fundo de Garantia de Depósitos ou, no caso de medidas aplicáveis no âmbito do Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, o Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo a cooperar no processo de alienação de depósitos garantidos, nos termos dos artigos 164.º e 166.º do RGICSF ou dos artigos 4.º e 12.º do Decreto -Lei n.º 345/98, de 9 de Novembro, alterado pelos Decretos -Leis n.os 126/2008, de 21 de Julho, 211 -A/2008, de 3 de Novembro, e 162/2009, de 20 de Julho, de acordo com as seguintes regras:

i) A intervenção de cada um dos fundos deve ter como limite máximo o montante necessário para cobrir a diferença entre os depósitos garantidos que sejam alienados a outra instituição e o valor dos activos alienados, não podendo exceder o valor dos depósitos que seriam susceptíveis de reembolso pelo Fundo no caso de se verificar uma situação de indisponibilidade de depósitos;



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

ii) *A intervenção nos termos do disposto na alínea anterior confere a cada um dos fundos um direito de crédito sobre as instituições participantes objecto da medida de resolução, no montante correspondente a essa intervenção e beneficiando dos privilégios creditórios previstos na alínea c) do artigo 7.º;*

e) *O produto da alienação, caso exista, reverte para as instituições alienantes, devendo ser prioritariamente afecto, em termos proporcionais, à devolução de todos os montantes disponibilizados pelo Fundo de Resolução e pelo Fundo de Garantia de Depósitos ou pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo;*

f) *As instituições alienantes, bem como qualquer sociedade inserida no mesmo grupo e que lhe preste serviços no âmbito da actividade alienada, devem disponibilizar todas as informações solicitadas pela instituição adquirente, bem como garantir -lhe o acesso a sistemas de informação relacionados com a actividade alienada e, mediante remuneração acordada entre as partes, continuar a prestar os serviços que a instituição adquirente considere necessários para efeitos do regular desenvolvimento da actividade alienada;*

g) *A alienação 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;*

h) *A decisão de alienação não depende do prévio consentimento dos accionistas das instituições ou das partes contratuais envolvidas nos activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão a alienar.*

11 — *Fica o Governo autorizado, para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 3, a regular a transferência parcial ou total da actividade para um ou mais bancos de transição, a estabelecer o regime dos bancos de transição e a atribuir competência ao Banco de Portugal para definir as regras aplicáveis à criação e ao funcionamento dos bancos de transição, nos seguintes termos:*

a) *O Banco de Portugal pode determinar a transferência, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão das instituições para um ou mais bancos de transição para o efeito constituídos, com o objectivo de permitir a sua posterior alienação a outras instituições autorizadas a desenvolver a actividade em causa;*

b) *O Banco de Portugal pode ainda determinar a transferência, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão de duas ou mais instituições incluídas no mesmo grupo para um ou mais bancos de transição, com a mesma finalidade prevista na alínea anterior;*



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

c) O capital social do banco de transição é detido pelo Fundo de Resolução; d) Os activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão a transferir para o banco de transição devem ser objecto de uma avaliação realizada por uma entidade independente designada pelo Banco de Portugal, a expensas das instituições objecto de medidas de resolução;

e) Após a transferência prevista nas alíneas anteriores, o Banco de Portugal pode, a todo o tempo:

i) Transferir outros activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão das instituições originárias para o banco de transição;

ii) Transferir activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão do banco de transição para as instituições originárias;

f) O Banco de Portugal determina o montante do apoio financeiro a prestar pelo Fundo de Resolução, caso seja necessário para a criação e o desenvolvimento da actividade do banco de transição, nomeadamente através da concessão de empréstimos ao banco de transição para qualquer finalidade ou da disponibilização dos fundos considerados necessários para a realização de operações de aumento de capital do banco de transição;

g) O Banco de Portugal pode convidar o Fundo de Garantia de Depósitos ou, no caso de medidas aplicáveis no âmbito do Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, o Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo, a cooperar no processo de transferência de depósitos garantidos, nos termos dos artigos 164.º e 166.º do RGICSF ou dos artigos 4.º e 12.º do Decreto -Lei n.º 345/98, de 9 de Novembro, alterado pelos Decretos -Leis n.os 126/2008, de 21 de Julho, 211 -A/2008, de 3 de Novembro, e 162/2009, de 20 de Julho, de acordo com as seguintes regras:

i) A intervenção de cada um dos fundos deve ter como limite máximo o montante necessário para cobrir a diferença entre os depósitos garantidos que sejam transferidos para o banco de transição e o valor dos activos transferidos, não podendo exceder o valor dos depósitos susceptíveis de reembolso pelo Fundo verificando -se uma situação de indisponibilidade de depósitos;

ii) A intervenção nos termos do disposto na alínea anterior confere a cada um dos fundos um direito de crédito sobre as instituições participantes objecto de medidas de resolução, no montante correspondente a essa intervenção e beneficiando dos privilégios creditórios previstos na alínea c) do artigo 7.º;

h) As instituições originárias, bem como qualquer sociedade inserida no mesmo grupo e que lhe preste serviços no âmbito da actividade transferida, devem disponibilizar todas as informações solicitadas



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

pelo banco de transição, bem como garantir a este o acesso a sistemas de informação relacionados com a actividade transferida e, mediante remuneração acordada entre as partes, continuar a prestar os serviços que o banco de transição considere necessários para efeitos do regular desenvolvimento da actividade transferida;

i) A 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;

j) A decisão de transferência não depende do prévio consentimento dos accionistas das instituições ou das partes contratuais envolvidas nos activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão a transferir;

k) Quando considerar que se encontram reunidas as condições necessárias para alienar, parcial ou totalmente, os activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão que tenham sido transferidos para o banco de transição, o Banco de Portugal convida outras instituições autorizadas a desenvolver a actividade em causa a apresentarem propostas de aquisição;

l) O produto da alienação deve ser prioritariamente afecto, em termos proporcionais, à devolução de todos os montantes disponibilizados pelo Fundo de Resolução e pelo Fundo de Garantia de Depósitos ou pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo;

m) Após a devolução dos montantes previstos na alínea anterior, o eventual remanescente do produto da alienação é devolvido às instituições originárias ou à sua massa insolvente, caso tenham entrado em liquidação.

12 — *Fica o Governo autorizado a estabelecer que, em simultâneo com a aplicação de uma medida de resolução, o Banco de Portugal pode determinar, pelo prazo máximo de um ano, prorrogável até ao máximo de dois anos, a aplicação das seguintes providências em relação às instituições abrangidas por essa medida:*

a) Dispensa temporária da observância de normas prudenciais;

b) Dispensa temporária do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contruídas;

c) Encerramento temporário de balcões e outras instalações em que tenham lugar transacções com o público.

13 — *Fica o Governo autorizado a estabelecer que a aplicação pelo Banco de Portugal de qualquer medida de resolução determina a suspensão, por um período de 48 horas a contar do momento da*



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

respectiva notificação, do direito de vencimento antecipado, estipulado no âmbito de convenções de compensação e de novação (netting agreements), de contratos em que as instituições visadas sejam parte, quando o exercício desse direito tenha como fundamento a aplicação da medida de resolução em causa, com excepção dos casos em que o direito de vencimento antecipado resulte de cláusulas convencionadas em contratos de garantia financeira.

14 — Fica o Governo autorizado a estabelecer que, findo o período previsto no número anterior e em relação aos contratos que tiverem sido alienados ou transferidos ao abrigo do presente artigo, o exercício do direito de vencimento antecipado estipulado no âmbito de convenções de compensação e de novação (netting agreements) não pode ser exercido pelas contrapartes das instituições com fundamento na aplicação da medida de resolução.

15 — Fica o Governo autorizado a determinar que, se, após a aplicação de qualquer medida de resolução, o Banco de Portugal entender que se encontram asseguradas as finalidades visadas pelas medidas de resolução e verificar que as instituições não cumprem os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua actividade, pode revogar a autorização das instituições objecto da medida em causa, seguindo-se o regime de liquidação previsto na lei aplicável.

16 — Fica o Governo autorizado a estabelecer que, quando for adoptada uma medida de resolução, e enquanto ela durar, ficam suspensas, pelo prazo máximo de um ano, todas as execuções, incluindo as fiscais, contra as instituições, ou que abranjam os seus bens, sem excepção das que tenham por fim a cobrança de créditos com preferência ou privilégio, e são interrompidos os prazos de prescrição ou de caducidade oponíveis pelas instituições.

17 — Fica o Governo autorizado a determinar que, sem prejuízo do disposto no artigo 12.º do RGICSF, as decisões do Banco de Portugal que adoptem medidas de resolução ficam sujeitas aos meios processuais previstos no regime do contencioso administrativo e, considerando os interesses públicos relevantes que determinam a sua adopção, às seguintes especificidades:

a) Gozam de legitimidade activa em processo cautelar apenas os detentores de participações que atinjam, individualmente ou em conjunto, pelo menos 10 % do capital ou dos direitos de voto da instituição visada;



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

b) A apreciação do juiz em processo cautelar não abrange a questão da valorização dos activos e passivos que são objecto ou estejam envolvidos nas medidas de resolução adoptadas, sem prejuízo da sua apreciação nos meios próprios”.

Ora, da leitura do referido artigo, designadamente nos seus diversos elementos substanciais, formais, subjectivos e temporais, salta à vista e se conclui pela manifesta improcedência da inconstitucionalidade arguida, que é desprovida de sentido.

Em boa verdade, nos 17 números do artigo 5.º, a lei de autorização legislativa concretiza um conjunto de finalidades muito concretas, com a definição clara e precisa do que deve ser a medida de resolução, de que são exemplo a norma com a definição de um princípio orientador relativamente à repartição dos prejuízos resultantes da aplicação da medida de resolução, mas que encerra uma das principais características do regime da resolução (cfr. n.º2 do artigo 5.º), bem como a norma quanto à assunção dos prejuízos, tendo aquela lei, uma elevada densificação, o que se afere também, por exemplo, pela definição dos objectivos do regime da resolução (cfr. n.º1 do artigo 5.º); a definição dos tipos de medida (cfr. n.º3 do artigo 5.º); a consagração de medidas adicionais e complementares à medida de resolução (cfr. n.º4 do artigo 5.º); a definição concreta dos poderes do Banco de Portugal, quanto aos administradores, ou ainda, quanto à alienação total ou parcial da actividade (cfr. n.º10 do artigo 5.º), e tudo o mais quanto autoriza a legislar.

Em suma, sem necessidade de mais considerações, verifica-se uma elevada densificação de regime que preenche as exigências constitucionais quanto à definição do sentido da autorização legislativa e que vota, manifestamente, à improcedência a arguição de inconstitucionalidade.

Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º31-A/2012 e do Decreto-Lei n.º114-A/2014, por violação do princípio da igualdade e do direito fundamental de propriedade privada.

Invocam os Autores, obrigacionistas, em síntese, que o Decreto-Lei n.º31-A/2012 e o Decreto-Lei n.º114-A/2014 padecem de inconstitucionalidade, por violação do princípio



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

da igualdade na medida em que as normas do previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 145.º -H do RGICSF impõem aos titulares de obrigações subordinadas o mesmo ou pior regime do que o estabelecido para os responsáveis pelas dificuldades do banco intervencionado, no caso os accionistas, tratando por igual o que é objectivamente desigual, revelando-se o diploma com um cunho sancionatório, cuja punição abrange titulares de créditos que nada têm que ver com as dificuldades do banco.

Por outro lado, invocam que as normas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 145.º-H do RGICSF desrespeitam de forma gritante a garantia constitucional de propriedade privada do artigo 62.º da Constituição, garantia essa que vai muito para além da tradicional propriedade no sentido civilístico da expressão, abrangendo no seu âmbito de tutela todos os direitos – incluindo os direitos dos obrigacionistas – de conteúdo patrimonial e expressão pecuniária, direitos estes protegidos pelo artigo 17.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, parte integrante da constituição formal portuguesa, nos termos do artigo 16.º, n.º 2 da Constituição, que interdita a sua privação arbitrária, e pelo artigo 62.º da Constituição, que impõe que a expropriação e outras medidas de efeitos similares, como é o caso da deliberação, tenham de ser feitas com base numa lei conforme à Constituição, mediante o pagamento da justa indemnização e no respeito pelo princípio da proporcionalidade, o que no caso não se verifica.

Mais invocam que, os n.ºs 2 e 3 do artigo 145.º-H do RGICSF, assim como os n.ºs 1 e 5 do mesmo artigo prevêem um verdadeiro confisco por motivos de interesse público, ao arrepio não apenas das mais elementares garantias jusfundamentais da propriedade, mas também do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, na medida em que os custos da prossecução dos interesses públicos a que vão destinadas as medidas de resolução são suportados apenas por certas categorias de sujeitos, termos em que, defendem, devem ser estas normas desaplicadas, por inconstitucionais.

Por sua vez, a Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, S. A. arguiu a inconstitucionalidade na óptica do artigo 145.º-B, em articulação com o artigo 145.º-I. n.º 4, por estabelecerem um tratamento desigual para accionistas e credores em relação ao âmbito de aplicação do princípio do *no creditor worse off*, privando os accionistas de uma garantia que



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

asseguram aos obrigacionistas, em violação do princípio da equivalência entre ambos, constantes da Directiva 2014/59/EU.

Por sua vez, o Banco de Portugal, pugna pela improcedência da arguição, porquanto a norma prevista no n.º 2 do artigo 145.º-H do RGICSF e, de outro lado, no respectivo n.º 3, teve em vista sujeitar ao mesmo efeito jurídico e ao mesmo tratamento, os créditos de determinadas pessoas sobre os bancos resolvidos, como por exemplo os seus administradores e os créditos resultantes da titularidade de obrigações subordinadas, contudo, por razões diferentes.

No caso dos primeiros, os seus créditos não se transferem para o banco de transição porque se trata de pessoas “especialmente relacionadas” com a instituição de crédito resolvida, pela informação privilegiada que têm em relação à situação e ao destino do banco, ao invés dos créditos dos obrigacionistas subordinados (utilizados no cômputo dos fundos próprios da instituição) que não se transferem para o “banco bom” precisamente porque se trata de obrigações subordinadas em conformidade com as condições contratuais (e regulatória) inerentes à sua própria emissão e aceites pelos seus adquirentes, colocando-se estes numa situação próxima, ainda que menos desfavorável, da dos próprios accionistas da instituição de crédito, não existindo por esta razão qualquer violação do princípio da igualdade, nem por referência aos accionistas, nem por referência aos depositantes.

Por outro lado, quanto à violação do direito de propriedade, invoca ainda o Banco de Portugal que no caso concreto dos autores, obrigacionistas subordinados, a sua “penalização” decorre da natureza dos seus créditos, antes se falando de uma desgradação creditícia, e não de uma afectação do direito de propriedade, pois que nem o RGICSF nem o CIRE colocam o problema dos accionistas e obrigacionistas de uma instituição de crédito resolvida ou insolvente em termos de propriedade.

Aliás, os autores não foram desapropriados ou privados do acesso às obrigações subordinadas de que são titulares, continuando estas a manter-se na sua esfera jurídica e podendo, inclusivamente, continuar a negociá-las, invocando ainda que um crédito obrigacionista não é, nem jurídica nem economicamente, equivalente à posição de um



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

titular de um depósito bancário ou proprietário de um prédio rústico, o que bem revela a volatilidade própria do direito do titular de obrigações.

Mais defende que o artigo 145.º-B, n.º3 do RGICSF implica que, no encerramento da liquidação do banco resolvido, caso se verifique que os aqui autores assumiram um prejuízo superior ao montante que, de acordo com a avaliação independente, estimadamente assumiriam caso o BES tivesse entrado em liquidação em momento imediatamente anterior à adopção de uma medida de resolução, terão direito a receber do Fundo de Resolução essa diferença, em consonância com o princípio *no creditor worse off* constante da alínea g) do n.º1 do artigo 34.º da Directiva e acolhido pelo nosso legislador na alínea c) do n.º1 e no n.º3 do artigo 145.º -B, do RGICSF, enquanto mecanismo compensatório, existente na medida de resolução,

Conclui o Banco de Portugal que não há qualquer violação do princípio da propriedade, porquanto quer a própria norma, quer o acto administrativo de aplicação da medida de resolução garantem que os obrigacionistas não ficarão em pior situação do que se o BES não tivesse sido objecto de resolução e tivesse, antes, entrado imediatamente em liquidação, nos termos do artigo 145.º-B, n.º1.

Os contrainteressados pugnaram, em suma, pela improcedência do fundamento.

Vejamos.

Prevê o artigo 145.º-H, do RGICSF, na versão aplicável aos presentes autos, e que corresponde à 34.ª versão do diploma ocorrida com a alteração operada pelo Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, na parte aqui relevante o seguinte:

“[...]

2 - Não podem ser transferidas para o banco de transição quaisquer obrigações contraídas pela instituição de crédito originária perante:

a) Os respetivos acionistas, cuja participação no momento da transferência seja igual ou superior a 2 /prct. do capital social, as pessoas ou entidades que nos dois anos anteriores à transferência tenham tido participação igual ou superior a 2 /prct. do capital social, os membros dos órgãos de administração ou de



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

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;

b) As pessoas ou entidades que tenham sido accionistas, exercido as funções ou prestado os serviços referidos na alínea anterior nos quatro anos anteriores à criação do banco de transição, e cuja acção ou omissão tenha estado na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito ou tenha contribuído para o agravamento de tal situação;

c) Os cônjuges, parentes ou afins em 1.º grau ou terceiros que actuem por conta das pessoas ou entidades referidos nas alíneas anteriores;

d) Os responsáveis por factos relacionados com a instituição de crédito, ou que deles tenham tirado benefício, directamente ou por interposta pessoa, e que estejam na origem das dificuldades financeiras ou tenham contribuído, por acção ou omissão no âmbito das suas responsabilidades, para o agravamento de tal situação, no entender do Banco de Portugal.

3 - Não podem ainda ser transmitidos para o banco de transição os instrumentos utilizados no cômputo dos fundos próprios da instituição de crédito cujas condições tenham sido aprovadas pelo Banco de Portugal.

[...]"

São estas as normas que os autores obrigacionistas apelidam de inconstitucionais por violação do princípio da igualdade e do direito fundamental de propriedade privada.

Antes de mais, cumpre dizer que carece de fundamento jurídico qualquer invocação de direito punitivo ou sancionatório no âmbito da norma que se encontra sob análise, porquanto o fito da mesma, correlacionada com a aplicação da medida de resolução, não tem qualquer objectivo ou finalidade que seja possível reconduzir a um qualquer ramo de direito penal ou de direito administrativo sancionatório, pois que a aproximação da figura jurídica das obrigações subordinadas à figura dos accionistas é algo que remete, não para uma qualquer intenção do legislador em punir ou sancionar, mas sim para a ordenação natural creditícia em razão das concretas características desse tipo de credor.

Como ponto prévio, cumpre compreender o âmbito de aplicação da norma, pois que a mesma surge num contexto de aplicação de uma medida da resolução, e bem assim



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

da verificação dos pressupostos da sua aplicação, da qual emerge, como único e possível cenário alternativo, o da liquidação.

E note-se que tal compreensão não é de somenos importância, porquanto a própria análise da afectação do direito de propriedade invocada pelos aqui autores, não poderá ter outro ponto de partida que não esse mesmo cenário de liquidação da instituição de crédito, que a medida de resolução, como figura jurídica alternativa àquela, tenta efectivamente evitar.

Postas estas premissas prévias de análise, cumpre analisar a invocada desigualdade que emerge da norma *supra* evidenciada, o que passa por aferir do parâmetro comparativo invocado para o efeito.

Recuperando o já exposto acerca do princípio da igualdade, cumpre aqui repetir, o que, em termos telegráficos, pode constituir o princípio da igualdade, que tem a sede principal no artigo 13.º da CRP, e encerra o princípio de igualdade material que se traduz no adágio “*tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente*”, sendo que o mesmo encerra uma obrigação de se tratar da mesma forma os que tenham igualdade em determinados parâmetros de comparação, impondo-se, igualmente, tratar de forma diferente aqueles que, em determinado parâmetro de comparação relevante, sejam diferentes.

De acordo com a invocação dos autores, obrigacionistas subordinados, o que está em causa é a norma contemplar efectivamente um tratamento igual – a proibição de transferência de créditos para o “banco bom” – perante situações e qualidades subjectivamente diferentes – no caso, accionistas e obrigacionistas, colocando-os num patamar de igualdade de tratamento, tanto os responsáveis pelas dificuldades do banco intervencionado – accionistas – como os titulares de créditos que nada têm que ver com as dificuldades do banco.

Neste sentido, o parâmetro comparativo invocado pelos autores firma-se num critério subjectivo, por reporte à qualidade dos sujeitos, pelo que é exactamente esse parâmetro que cumpre analisar, o que passa por compreender as reais diferenças entre aqueles por forma a aferir se, como defendem, não podiam ter o mesmo tratamento que a



S.

R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

lei lhes dá, o que se alcança através da compreensão da natureza de um accionista e a natureza de um obrigacionista, no caso subordinado.

De forma muito sintética - pois que o fito da presente análise é apenas caracterizar a diferença, e não a de analisar a respectiva figura jurídica - cumpre apenas referir que, do ponto de vista da estruturação financeira das empresas, mormente nas sociedades anónimas, como era o caso do Banco Espírito Santo, a forma originária de angariação de capitais é realizada através das entradas dos sócios, no caso dos accionistas, que dão origem às denominadas participações sociais (cfr. artigo 25.º do CSC).

Releva referir que as acções, na perspectiva do investimento, representam um valor mobiliário (cfr. artigo 1.º, alínea a), do Código dos Valores Mobiliários (CVM)).

Assim o accionista é aquele que é detentor de uma participação social, que compõe o capital próprio de uma sociedade, isto é, as acções que compõem as participações sociais são do ponto de vista financeiro consideradas como capitais próprios, concretizando os meios de financiamento que têm origem nos detentores do capital social e que, nessa medida, apresentam um carácter definitivo, pois que não são objecto de restituição, não têm prazo, não obrigam a pagamentos regulares que possam gerar incumprimento, são reembolsados, sendo caso disso, apenas e após o pagamento aos restantes credores, aos quais, por definição e conceito se contrapõem os capitais terceiros ou alheios, cujas características se firmam em pagamentos regulares associados, com prazos de vencimento e que são pagos com prioridade relativamente aos capitais.

Com estes, contudo, não se comparam efectivamente os obrigacionistas, enquanto detentores de obrigações.

As “obrigações”, constituindo um dos valores mobiliários também previstos no artigo 1º do CVM, constituem um modo de financiamento facultado a determinadas entidades com recurso a capitais alheios, representando um direito de crédito sobre a entidade emitente (artigo 348º do Código das Sociedades Comerciais).

O credor obrigacionista, após subscrição do instrumento financeiro, tem o dever de entregar fundos à entidade emitente e esta fica vinculada à obrigação sinalagmática de restituir o montante mutuado e, sendo convencionado, os respectivos juros.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Segundo Paulo Câmara “Manual de Direito dos Valores Mobiliários”, Almedina 2009, p.141., o titular da obrigação é fundamentalmente um credor perante a entidade emitente e com relação jurídica subjacente na base deste valor mobiliário existe tipicamente um contrato de mútuo, constituindo a emissão de obrigações um dos modos de financiamento de pessoas colectivas, a par de outros como as acções, distinguem-se destas porque, o obrigacionista é, desde logo, um credor da sociedade, ao passo que o accionista é sócio da mesma – Carlos Osório de Castro, “Valores Mobiliários, Conceito e Espécies”, Porto 1998, p.139-146.

A emissão de obrigações, ao significar o recurso a capitais alheios, implica um endividamento da entidade emitente (cfr. Paulo Câmara, Manual, ob cit. p. 145.).

Dentro do conceito de obrigações *supra* referido, podem-se distinguir diversas modalidades de obrigações (artigo 360º do CSC), sendo que, em função do tipo de crédito contrapõem-se as obrigações que titulam créditos privilegiados e as obrigações representativas de dívida subordinada.

As obrigações que titulam créditos privilegiados asseguram uma posição preferencial na graduação de créditos em caso de liquidação da sociedade emitente, as obrigações representativas de dívida subordinada são aquelas em que o titular da obrigação, havendo insolvência do emitente, apenas se pode pagar sobre o património depois de satisfeitos todos os credores comuns.

Contudo, as obrigações dos quais os aqui autores são titulares, não se inserem nos conceitos clássicos de obrigações. E não se inserem no conceito clássico e puro de obrigação, porque se encontram adstritas a uma cláusula de subordinação – daí a denominação de “*obrigações subordinadas*” – como *supra* descrito e que prevêem, efectivamente, que, em caso de liquidação da entidade emitente, apenas são reembolsados após os demais credores por dívida não subordinada, tendo, todavia, prioridade sobre os accionistas.

Como é óbvio, tais obrigações subordinadas apresentam um risco acrescido aos seus detentores, o que tem como contrapartida, uma remuneração superior à de uma obrigação de dívida não subordinada.



S.

R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

É exactamente esta característica de subordinação que faz com que a obrigação subordinada se afaste da figura do credor clássico comum e se aproxime da figura do accionista, situando-se tal forma de financiamento na estrutura financeira da sociedade, num patamar intermédio entre os capitais próprios (p.ex. acções) e os capitais alheios (p. ex. dívida sénior ou não subordinada), razão pela qual a doutrina a tem classificado como instrumentos híbridos, pois que se apresentam com características mistas de capitais próprio e de capitais alheios (neste sentido cfr. Paulo Câmara; A renovação do direito bancário no início do novo milénio, O novo direito Bancário, Coimbra, 2012, pág. 25).

Aprofundando esta figura, verifica-se que *“ao contrário dos fundos próprios, que, em princípio, não são reembolsados (maturidade infinita), os instrumentos híbridos têm um prazo, mas este é tipicamente longo, maior ou menor dependendo de cada instrumento; por outro lado os seus titulares têm preferência no pagamento face aos titulares do capital (que têm prioridade mínima) mas a sua dívida é subordinada em relação à dívida sénior (que tem prioridade máxima). Ou seja, a dívida está graduada entre a dívida sénior e o capital próprio (daí a designação de mezzanine ou intermédia)”* (cfr. Eduardo Paz Ferreira e Ana Perestrelo de Oliveira, “Fundamentos da Resolução Bancária: a Propósito do caso BES e da legitimidade da deliberação da resolução”, in Revista de Direito das Sociedades, Ano IX (2017), pág. 291).

É exactamente pelo simples facto de esta dívida poder caracterizar-se, em função de determinadas regras nacionais e internacionais, como capitais próprios, que merece um tratamento semelhante, na medida de resolução; à semelhança do tratamento os detentores de obrigações subordinadas teriam em caso de liquidação, pois que foi essa a subordinação - com a consequente obtenção de uma remuneração superior - a que voluntariamente se vincularam e que, obviamente, não poderia deixar de ser tomada em linha de conta, por congruência de sistema, aquando da aplicação da medida, com a sujeição a idêntico tratamento.

É exactamente esta lógica financeira, que resulta da própria natureza dos créditos, que faz com que, quanto maior a contrapartida, maior seja o risco, com inerente capacidade de absorção de perdas em caso de liquidação, e que, por maioria de razão, mantém tal capacidade de absorção de perdas na medida de resolução.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Por esta razão, nos termos do artigo 145.º-B, do RGICSF, se prevê, como princípio, que “*na aplicação de medidas de resolução, procura assegurar-se que os accionistas e os credores das instituições de crédito assumem prioritariamente os prejuízos em causa, de acordo com a respectiva hierarquia e em condições de igualdade dentro de cada classe de credores*” (sublinhado nosso), numa perspectiva de princípio *ubi commodum ibi incommodum*, segundo o qual aquele que desfruta vantagens ou benefícios de uma dada situação deve também suportar os prejuízos dela decorrentes.

Só assim se entende que esses créditos não sejam transferidos para o banco de transição, sendo certo que, a razão da igualdade de tratamento, não está na qualidade do sujeito – *accionista vs obrigacionista* – mas sim na semelhança objectiva das características intrínsecas das realidades financeiras abrangidas pela norma, no caso – as participações sociais e as obrigações subordinadas – enquanto capitais próprios ou quase próprios da sociedade e no risco assumido pelos sujeitos.

Neste sentido, sem necessidade de discorrermos sobre o conteúdo do princípio da igualdade, se conclui pela improcedência da arguição de inconstitucionalidade por violação daquele princípio, porquanto a igualdade de tratamento prevista na lei se encontra plenamente justificada, perante a desigualdade das situações em causa, por referência ao objectivo que a norma pretende atingir.

Diferente questão é que se relaciona com a violação do princípio da protecção da propriedade privada, que encontra guarida no artigo 62.º da Constituição.

Como já *supra* referimos, e em aceitação com o invocado pelos autores, também o Tribunal parte do princípio da configuração do direito de propriedade a que se reporta o artigo 62.º da Constituição, como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, e que transcende, obviamente, a visão anacrónica do direito de propriedade, apenas e somente, relacionado com a coisa corpórea.

Aliás o Tribunal Constitucional, foi já bem claro nessa tomada de posição, ao referir “[...] *que o direito de propriedade a que se refere o artigo 62.º da Constituição “não abrange apenas a proprietas rerum, os direitos reais menores, a propriedade intelectual e a propriedade industrial, mas*



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

também outros direitos que normalmente não são incluídos sob a designação de 'propriedade', tais como, designadamente, os direitos de crédito e os 'direitos sociais'".

No mesmo sentido se pronunciam igualmente Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª ed. rev., Coimbra Editora, 1993, p. 331), que escrevem, precisamente em comentário àquele artigo 62.º, que "o espaço semântico-constitucional do direito de propriedade não se limita ao universo das coisas. Parece seguro que ele não coincide com o conceito civilístico tradicional, abrangendo não apenas a propriedade das coisas (mobiliárias e imobiliárias) mas também [...] outros direitos de valor patrimonial (direitos de autor, direitos de crédito, direitos sociais)" (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 620/2004, publicado no Diário da República n.º 289 Série II de 11/12/2004).

Contudo, a questão que se coloca é a de aferir da conformidade constitucional da norma invocada por referência à protecção do direito de propriedade privada constitucionalmente previsto no artigo 62.º, e para tal é preciso compreender, como ponto prévio de análise, que os direitos de propriedade que aqui se invocam são-no apenas e somente na abstracta desvalorização que esses direitos de crédito podem sofrer, mas que não representam, qualquer das formas de desapropriação ou apropriação, requisição ou expropriação, ou até de confisco, cujo âmbito objectivo, subjectivo, bem como a *ratio legis* inerentes a essas mesmas figuras as afastam da eventual compreensão do direito de propriedade que aqui está em causa.

Na medida de resolução o que se pretende é que sejam os *accionistas e os credores das instituições de crédito a assumir* prioritariamente os prejuízos em causa, aliás na mesma extensão e grau que assumiriam caso a instituição bancária entrasse em liquidação, e conforme se vincularam pelas posições assumidas voluntariamente.

Olhando perfunctoriamente para o regime da medida de resolução contido no RGICSF, é fácil cair-se num raciocínio imediato e de constatação de ablação, compressão ou restrição de direitos de propriedade, pois que o cenário representado abstractamente pela lei coloca as consequências das medidas da resolução nos direitos de crédito, numa análise temporal, em confronto com a realidade imediatamente anterior à da aplicação da medida, isto é, num determinado momento o crédito tem um determinado valor, e após a



S.

R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

aplicação da medida, esse crédito vê-se reduzido substancialmente, ou seja, há uma diminuição de direitos patrimoniais.

Contudo, a compreensão exacta dos propósitos da medida de resolução, mormente os pressupostos da sua aplicação, demonstram que o raciocínio e constatação *supra* descritas são uma mera aparência de diminuição de valor patrimonial e não relevam para a análise da questão, pois que não é por referência ao período *ex ante* à aplicação da medida de resolução que se avalia o valor desse mesmo direito de crédito, enquanto direito de propriedade, mas sim, por referência ao cenário alternativo de liquidação da instituição, no qual os accionistas e os credores subordinados seriam os últimos a receber qualquer pagamento dos seus créditos.

Ou seja, a compressão do direito de propriedade terá de ser analisado por referência à situação alternativa de liquidação da instituição de crédito e não por referência a um qualquer outro cenário alternativo, pelo que a eventual “compressão” do direito de propriedade nas normas invocadas, terá que se analisada por recurso a mecanismos de ponderação comparativa entre a medida de resolução e a liquidação, e não a outros cenários de subsistência da instituição de crédito.

E realizando tais ponderações comparativas o que se verifica é que a “compressão” do direito de propriedade levada a cabo pela norma invocada, mais não é que o reconhecimento da especial vocação daqueles créditos para a absorção de perdas, resultante do estatuto natural inerente a cada tipo de crédito que ali está em causa e que define subjectivamente o estatuto inerente ao proprietário do mesmo.

Quanto ao accionista, na qualidade de “sócio” da sociedade anónima, a sua condição encontra-se envolta num conjunto de direitos e deveres, e que tem início com a sua aceitação voluntária dessa condição societária, o que tem as vantagens inerente a essa condição, mormente o lucro, mas também as desvantagens, designadamente o risco de não recuperar o investimento num cenário de liquidação, enquanto “*compradores de capital social*”.

Resulta da experiência comum que as acções, como parte integrante do capital social de uma sociedade, no caso em apreço, de uma instituição bancária, são caracterizadas por uma enorme volatilidade, pois que o valor de uma determinada acção é variável,



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

traduzindo-se a sua aquisição sempre numa actividade que comporta um risco. Risco esse que é próprio e natural desse tipo de mercado e que surge de “mão dada” com o lucro, sendo um inerente ao outro, o que faz com que, em situações de instabilidade e “desaire” financeiro, as acções surjam como os primeiros instrumentos a absorver as perdas, pelo que também num cenário de resolução, devem figurar na “linha da frente” de quem assume os prejuízos.

E o que aqui se disse é igualmente válido para o credor subordinado, pois que em muito se assemelha à condição do accionista, na medida em que se “subordina” a essa condição, e bem assim se vincula à limitação natural inerente à condição de absorção de perdas.

Posto isto, verifica-se que não há assim qualquer compressão do direito de propriedade, há sim uma exposição natural às vicissitudes de uma liquidação que resulta directamente da condição jurídica detida - accionista/credor subordinado - com as naturais consequências para o seu “proprietário”, “possuidor” ou seu “titular” que, obviamente, também se verificam num processo de resolução.

De qualquer forma, sempre se dirá que os obrigacionistas subordinados não ficam em pior ou igual posição do que os accionistas, com parece defenderem, pois que aqueles serão sempre os últimos da hierarquia falimentar, ficando na posição imediatamente acima, recebendo antes daqueles.

Releva igualmente chamar à colação que a forma de proteger o erário público é precisamente o de serem os sujeitos que se colocam nestas posições a assumirem as perdas.

Concluindo “[e] m primeiro lugar, em rigor, os accionistas não ficam privados das suas acções, quem se vê privado de parte dos ativos é o Banco BES, S.A., pessoa coletiva com personalidade jurídica diversa da dos seus sócios. É claro que esta alienação de ativos se repercute na esfera dos accionistas. Contudo, a medida visa, como se sabe, salvaguardar outros valores fundamentais (o erário público, o sistema bancário, os depositantes). Parece, assim, ser possível restringir o direito de propriedade, ainda que ele colha proteção ao nível constitucional. Para reforçar esta ideia, podemos convocar outros argumentos, já aduzidos em texto. Ainda que a medida se repercute na esfera dos accionistas, o certo é que a liquidação do banco — pressuposto da adoção da medida de resolução — determinaria também uma desvalorização ainda



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

mais acentuada das participações sociais” (cfr. Mafalda Miranda Barbosa; A propósito do caso BES: algumas notas acerca da medida de resolução, in Boletim de Ciências Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano 2015, Vol. 58, nota 61).

Neste sentido, não se verifica qualquer violação do artigo 62.º da Constituição, dos direitos de propriedade dos accionistas nem dos credores subordinados, pelos Decreto-Lei n.º32-A/2014 e Decreto-Lei n.º114-A/2014, porquanto não existe qualquer afectação do núcleo essencial desse mesmo direito, que não fosse já ter lugar, no quadro da liquidação, como cenário alternativo único à medida de resolução.

Nestes termos, improcede a alegada inconstitucionalidade.

Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 32-A/2012, de 10 de Fevereiro, por não prever uma justa indemnização, contrária à Directiva

Invoca a Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, S.A., que o Decreto-Lei n.º31-A/2012 não teve por base qualquer Directiva europeia, à semelhança do que sucedeu com o Decreto-Lei n.º114-A/2014, tendo criado um regime penalizador seja para a entidade expropriada, seja para os seus credores, seja para os seus accionistas, sem garantia de receber qualquer indemnização correspondente ao valor dos activos líquidos que lhe foram “expropriados”, apenas prevendo, no n.º4 do artigo 145.º-I, que se manteve inalterado com a aprovação do Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, que, após a alienação desses activos e após o pagamento do fundo de resolução, o eventual remanescente do produto da alienação é devolvido à instituição de crédito originária ou à sua massa insolvente, caso aquela tenha entrado em liquidação.

Defende que esta solução é claramente inconstitucional, na medida em que configura uma medida expropriativa dos activos de uma empresa privada, sem que esses activos sejam objecto de uma avaliação independente, que determine o seu valor, reportado ao momento imediatamente anterior ao da expropriação, e sem prever o pagamento pronto desse mesmo valor, que só será um valor justo se permitir aos credores e accionistas da entidade expropriada não ficar numa situação pior do que ficaria caso a mesma fosse liquidada sem ser expropriada, o que é violador do disposto no n.º2 do artigo 62.º da



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Constituição, que implica, não só uma indemnização pelo valor dos bens expropriados à data da expropriação, como também uma indemnização atempada, no sentido de prévia ou pelo menos contemporânea da expropriação, sendo a norma prevista no artigo 145.º-I, n.º4, do RGICSF, na redacção conferida pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º31-A/2012, de 10 de Fevereiro, inconstitucional, devendo a sua aplicação ser recusada pelo Tribunal.

Por sua vez, defende o Banco de Portugal que a transposição da Directiva Europeia, apenas terminava a 31 de Dezembro de 2014, não estando o Estado Português obrigado à sua efectivação antes dessa data, pelo que à data em que a medida de resolução foi adoptada, a versão que vigorava era a do Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, diploma no qual apenas se prevê que os accionistas assumam prioritariamente os prejuízos da instituição em causa, sendo certo que o referido regime está de acordo com o regime do direito falimentar português, nomeadamente o constante da remissão do n.º1 e 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º199/2006, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), e do artigo 184.º deste mesmo diploma, que revelam que, como é próprio da natureza das coisas e do Direito Comercial, são os accionistas que suportam as perdas decorrentes do descalabro da sociedade de que são donos, como são eles também que auferem os lucros proporcionados pelos resultados favoráveis dos respectivos exercícios e quaisquer outras vantagens patrimoniais inerentes à titularidade das suas acções, mais defendendo que é assim em Portugal e em qualquer parte do mundo.

Vejamos.

Antes de mais, cumpre compreender, que, à data da propositura da presente acção, qualquer invocação de falta de transposição da Directiva 2014/59/UE, é intempestiva, na medida em que, o seu prazo de transposição para os Estados-Membros se encontrava fixado até 31 de Dezembro de 2014, conforme referido no artigo 130.º, da referida Directiva, que estipula que “[o]s Estados-Membros adotam e publicam, até 31 de dezembro de 2014, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva. Os Estados-Membros comunicam imediatamente à Comissão o texto das referidas disposições.

Os Estados-Membros aplicam essas disposições a partir de 1 de janeiro de 2015”.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

E como ser ver^á, a falta de menção dos accionistas, no mecanismo de salvaguarda introduzido com o Decreto-Lei n.º114-A/2014, irreleva no quadro em apreciação, sendo certo que a Lei n.º 23-A/2015, que efectivamente procede à transposição total da Directiva, já contempla literalmente os accionistas, no âmbito do princípio “*no creditor worse off*”.

Quanto à questão do direito de propriedade, como supra se referiu, carece de ser aferido por referência a um cenário alternativo de liquidação, a não num ambiente normal de actividade bancária, pois que o pressuposto factual *mater* de uma medida de resolução é efectivamente que esse ambiente de normalidade não se verifique.

Por outro lado, e não obstante o Tribunal ter já afirmado pela consideração da medida de resolução como um forma de intervenção nos meios de produção, para efeitos de considerar tal matéria como sujeita a reserva relativa de competência legislativa, não significa que tal consideração se reconduza a qualquer forma de expropriação ou nacionalização, mormente para efeitos de integração dos efeitos ou consequências de uma medida de resolução, numa das figuras previstas no n.º2 do artigo 62.º, porquanto não se trata, nem de uma requisição, nem de uma expropriação, não exigindo um “*pagamento de justa indemnização*”, nem mesmo qualquer figura que se assemelhe ao confisco ou esbulho, cujas características em tudo se afastam de meras consequências pecuniárias inerentes a uma medida de resolução, fundada na necessidade de proteger o sistema bancário e, em particular, em quem nele confia, bem como da necessária protecção do erário público.

Resulta claro e evidente das normas que regulam o instituto da resolução bancária, na concreta posição dos accionistas e credores, que não existe qualquer apropriação pública das acções ou dos créditos que lhes pertençam, nem a sua transferência para terceiros.

Não existe, na resolução, qualquer desapropriação pública de bens ou de direito de propriedade, pois que a sua titularidade não se transfere, o que se “transmuta” é o valor dessa mesma propriedade, em razão da aplicação da medida de resolução, aliás, tal como se “transmutaria” em caso de liquidação. E é exactamente por esta razão que não lhe é aplicável qualquer “justa indemnização”, nos termos constitucionalmente previstos no n.º2 do artigo 62.º ou artigo 83.º da Constituição.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

É que a “justa indemnização” que ali está constitucionalmente prevista, ainda que o mesmo não resulte expressamente do artigo 23.º do próprio Código das Expropriações, não deixa de ter uma componente compensatória ao expropriado, na medida em que, a “indemnização” é *“correspondente ao valor real e corrente do bem de acordo com o seu destino efectivo ou possível numa utilização económica normal, à data da publicação da declaração de utilidade pública, tendo em consideração as circunstâncias e condições de facto existentes naquela data”*.

Ora, no caso concreto dos autores, accionistas e obrigacionistas subordinados, não se pode confundir consequências “colaterais” da medida de resolução, que têm efectivamente efeitos pecuniários, com qualquer acto de “expropriação”, ou qualquer outra forma de “apropriação pública” enquanto conceito mais lato, pois que essas mesmas consequências, são apenas isso e não qualquer outra coisa, decorrendo das concretas posições assumidas pelos respectivos sujeitos.

E uma coisa é dizer, como supra se referiu, que a medida de resolução, representa, na parte relativa à transferência de activos, um forma de “intervenção” do Estado nos meios de produção, na acepção de “intervenção” enquanto *“afetação da situação jurídica de determinado meio de produção, que não abranja a respectiva titularidade, mas tão só, em princípio, o exercício de direitos ou outras situações jurídicas dela decorrentes”* (cfr. Rui Guerra da Fonseca, Comentário à Constituição Portuguesa, vol.II, cit, pág. 268), para efeitos de reserva de lei, e bem assim da necessária lei de autorização legislativa para a introdução no respectivo ordenamento jurídico, tal como sucedeu com a Lei n.º58/2011, e o respectivo Decreto-Lei n.º32-A/2011.

Outra coisa é dizer que tal “intervenção”, se concretiza numa forma de apropriação ou de expropriação que acarreta uma violação do direito de propriedade e bem assim carece de justa indemnização. É que do ponto de vista dogmático está errado, não só pela confusão quanto aos conceitos de “expropriação” e de “apropriação”, bem como pela inexistência dessa afectação ao núcleo do direito de propriedade dos accionistas e credores subordinados.

Note-se que, ainda assim, é considerando essa “transmutação” de valor desses mesmos crédito, que o RGICSF contempla mecanismos que, não sendo



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

“indemnizatórios”, conformam a figura da resolução numa lógica de “inexistência de dano” para os credores.

O primeiro deles é, efectivamente, a “revalorização” dos créditos que eventualmente possa existir com o *“eventual remanescente do produto da alienação [que] é devolvido à instituição de crédito originária ou à sua massa insolvente, caso aquela tenha entrado em liquidação”* (cfr. n.º4 do artigo 145.º-I), ainda que para os accionistas e credores subordinados, possa não ter grande relevo, pelo lugar último em que se encontram na “cadeia falimentar”.

O segundo, e aqui com especial relevância para os accionistas e credores subordinados, é o princípio que resulta directamente do n.º3 do artigo 145.ºB- do RGISCF, que estipula que *“[c]aso se verifique, no encerramento da liquidação da instituição de crédito objeto da medida de resolução, que os credores dessa instituição cujos créditos não tenham sido transferidos para outra instituição de crédito ou para um banco de transição assumiram um prejuízo superior ao montante estimado, nos termos da avaliação prevista no n.º 6 do artigo 145.ºF e no n.º 4 do artigo 145.ºH, que assumiriam caso a instituição tivesse entrado em processo de liquidação em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução, têm os credores direito a receber essa diferença do Fundo de Resolução”*.

Como já supra se deixou escrito, está aqui em causa, o princípio “no creditor worse off”, cujo fito se destina a assegurar da “inexistência de dano”, aplicável apenas no caso em que se conclua que o credor ficou em pior situação com a aplicação da medida de resolução, do que ficaria com a liquidação da instituição.

E note-se que tal avaliação é levada a cabo por entidade independente, a qual procede à necessária avaliação *“reportada ao momento da transferência”* e que inclui *“também uma estimativa do nível de recuperação dos créditos de cada classe de credores, de acordo com a ordem de prioridade estabelecida na lei, num cenário de liquidação da instituição de crédito originária em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução”*, ou seja tendo em consideração o cenário alternativo de liquidação.

E mesmo que a norma do n.º3 do artigo 145.º-B, não faça a menção expressa à classe dos accionistas, na qualidade de “proprietários” de participações sociais, não significa que, numa interpretação conforme ao Direito de União, designadamente no que toca ao



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

artigo 73.º da Directiva 2014/59/UE, bem como numa interpretação conforme à Constituição, no quadro da responsabilidade civil extracontratual do Estado, previsto no artigo 22.º, a posição do accionista não esteja também incluída no âmbito de protecção da norma, caso existisse alguma degradação da sua posição jurídica por referência ao cenário de liquidação, o que de qualquer forma não vem alegado.

Diferente questão é a relativa à protecção abstractamente contemplada na lei, no plano da sua aplicabilidade concreta, ter ou não qualquer concretização. Isto é, não obstante a consideração e inclusão que, obviamente, os accionistas merecem na norma, não significa que daí resulte qualquer “compensação” para os mesmos ou até para os credores subordinados, considerando a já referida vocação natural para a absorção de perdas no processo falimentar.

Contudo, também não se pode dizer que fiquem mais prejudicados do que sairiam no caso de liquidação, pois que, em abstracto, beneficiam do “eventual remanescente” a que alude o n.º4 do artigo 145-I do RGICSF, bem como de todo um processo “ordenado” de liquidação, com um processo resolutivo como pano de fundo, que inexiste num simples processo de liquidação de uma instituição bancária sem a medida de resolução associada.

Nestes termos improcede a alegada inconstitucionalidade.

Da invalidade da medida de resolução por carência de base legal

Invocam os Autores, obrigacionistas, em síntese, que, sendo inconstitucionais as normas que o Decreto-Lei n.º31/2012 aditou ao RGICSF, tal significa que não podem elas constituir uma base legal alternativa às normas introduzidas pelo Decreto-Lei n.º114-A/2012, por força da desaplicação imposta pelo artigo 204.º da CRP, à semelhança do sucederá com as normas aditadas pelo Decreto-Lei n.º114-A/2014, bem como por tal medida ofender o direito fundamental de propriedade no seu conteúdo essencial à margem de qualquer válida habilitação legal, devendo a referida resolução, ser julgada nula, carecendo radicalmente de efeitos, nos termos da alínea d) do n.º2 do artigo 133.º do Código de Procedimento Administrativo



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Por sua vez, o Banco de Portugal defende que, tratando-se esta arguição de uma invalidade consequente das inexistentes inconstitucionalidades (e ilegalidades) das normas do RGICSF, fica essa arguição de nulidade, portanto “contestada” por remissão para as anteriores contestações.

Ora, considerando a solução dada às anteriores questões *decidendas*, sem necessidade de mais considerações, cumpre apenas concluir pela improcedência da arguida carência de base legal.

Da violação de princípios constitucionais

Nota prévia de apreciação

Vêm invocados por ambos os autores, a violação de um conjunto de princípios fundamentais, constitucionalmente previstos e que vinculam a Administração no exercício das suas funções, previstos, designadamente, no artigo 266.º da Constituição.

Sucede porém que, em grande parte dos vícios invocados, os autores sustentam a sua alegação de ilegalidade ou violação desses mesmo princípios, com base em acções ou omissões do Banco de Portugal, prévias à deliberação *sub judice* de 3 de Agosto de 2014, que aplicou ao BES uma medida de resolução, designadamente por não ter adoptado outras medidas correctivas ou interventivas, a título de exemplo, na omissão de detecção de falhas, erros ou omissões da informação financeira nas contas do BES, omissões na verificação oficiosa da inidoneidade do Presidente da Comissão Executiva do BES e demais administradores, entre outros.

Ora, compreenda-se que os presentes autos são, em termos processuais, estritamente anulatórios, ou seja, a *mater* questão a decidir é a de saber se a medida de resolução aplicada ao BES, naquela exacta data, é ou não ilegal.

Neste sentido, é absolutamente irrelevante, para efeitos do pedido anulatório que formulam, as invocações de quaisquer actuações por acção ou omissão do Banco de Portugal que não se correlacionem especificamente com a prática da deliberação.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Se tais matérias poderiam eventualmente ter relevo, em abstracto, no âmbito de uma acção indemnizatória, por via do instituto da eventual responsabilidade civil, no caso concreto, que é de estrita impugnação, irrelevam tais actuações, sendo a questão fundamental a de saber se, a 3 de Agosto, nas concretas circunstâncias factuais existentes naquela data, aquela deliberação administrativa é ou não ilegal.

Explicando melhor, é irrelevante para a ilegalidade /legalidade do acto *subjudice* as questões de saber se o Banco de Portugal agiu e não devia ter agido, ou se não agiu e devia ter agido, daquela ou de outra forma, pois que na “janela temporal” que vem invocada nos autos - e que têm início em 2011 e culmina na aplicação da medida de resolução - o que interessa é saber se nos dias antecedentes à aplicação da medida, os pressupostos legais para a sua aplicação, nos quais se incluem obviamente a verificação, observância e respeito pelos princípios fundamentais da actividade administrativa, estavam ou não verificados, não interessando, nos presentes autos, se o Banco de Portugal contribuiu ou não para a verificação daqueles durante o hiato de tempo invocado nos presentes autos pelos autores.

Entenda-se que, ainda que, por simples raciocínio hipotético, se concluísse que o preenchimento dos pressupostos que estiveram na base da aplicação da referida medida, têm nexo de causalidade, ou seja, a medida de resolução “foi causada” por acções ou omissões ilegalmente praticadas pelo Banco de Portugal, no âmbito dos poderes de regulação, tal poderia não beliscar, do ponto de vista da legalidade, a deliberação que aplicou a medida de resolução, pois que ainda assim a mesma se poderia ver como respeitadora do bloco de legalidade a que se encontra adstrita, mas não é isso que está em causa.

Violação do princípio da proporcionalidade;

Invocam os Autores, obrigacionistas, em síntese, que a medida de resolução é violadora do princípio da proporcionalidade, na sua tripla vertente de adequação, necessidade e proibição do excesso.

Defendem que a medida se mostra inadequada para atingir os objectivos impostos pelo interesse público porque se limitou a substituir um risco sistémico por outro, no caso,



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

a ameaça à estabilidade do sistema financeiro possivelmente resultante da liquidação do BES foi substituída por uma ameaça deferida, mas não menos grave, resultante das perdas previsivelmente suportadas pelo Fundo de Resolução com a venda do banco de transição e repercutidas sobre os principais bancos do sistema bancário.

Defendem que a medida foi desnecessária, porque o recurso aos meios de recapitalização disponíveis no mercado, designadamente junto dos seus credores, e/ou o recurso aos meios públicos, *maxime*, o apoio à solvência bancária, permitiria ultrapassar eficazmente as dificuldades do BES.

Defendem, por último, que a resolução foi excessiva, porque o invocado objectivo de estabilidade do sistema financeiro foi prosseguido através de uma destruição sem precedentes da consistência jurídico-económica do direito fundamental de propriedade de vastas categorias de accionistas e obrigacionistas e da definitiva quebra de confiança dos potenciais investidores durante muitos anos.

Invocam em concreto, que o BES poderia ter sido salvo por um conjunto de fundos privados ou por dinheiro público, ou ainda por uma combinação de ambos, sem necessidade de recorrer à medida de resolução concretamente adoptada, defendendo que estas soluções alternativas teriam evitado as perdas em larga escala que os investidores privados sofreram, mais invocando que, a 30 de Junho de 2014, a capitalização bolsista do BES era de 3.3 mil milhões de euros, e nível de dívida subordinada por liquidar de 978 milhões de euros, tendo o capital social do BES sido completamente destruído em virtude da medida de resolução, mais invocando que o valor da dívida subordinada foi reduzida praticamente a zero, com a destruição de mais de 4 mil milhões de euros.

Pugnam que, em conjunto, outras medidas alternativas teriam possibilitado o cumprimento de rácios mínimos de capital, restaurado a confiança no BES como instituição financeira e evitado os riscos de exposição às perdas para os contribuintes portugueses.

Por sua vez, invoca a Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, S. A., que a medida de resolução é violadora do princípio da proporcionalidade porque desadequada e excessiva, ou seja desproporcional, pois que ao invés de recorrer à medida



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

correctiva menos intrusiva, como impõe o princípio da proporcionalidade, resolveu aplicar a mais gravosa de todas, a resolução.

Invoca que, na sequência da crise financeira e de uma ampla discussão internacional acerca dos poderes das entidades reguladoras do sector financeiro, foram criadas bases legais em Portugal com um fim muito específico, a saber: conferir às autoridades de supervisão um conjunto alargado de poderes que privilegiassem a intervenção precoce nas instituições de crédito, essencialmente de carácter preventivo, especialmente através da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de Novembro, e do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, este último que a par de um mecanismo de resolução bancária, instituiu outras medidas, menos gravosas, defendendo que a medida de resolução deveria sempre ser tida em consideração como última *ratio* e aplicada apenas após estarem esgotadas as outras medidas legalmente previstas.

Invoca que muitos momentos houve em que o Banco de Portugal, munido dos poderes de supervisão e dos conhecimentos que possuía, poderia ter aplicado qualquer uma das medidas correctivas previstas no artigo 141.º do RGICSF, à semelhança do que fez noutras instituições de crédito, as quais, embora com dificuldades financeiras outrora tão graves, ou porventura, até mais graves do que o BES, ainda hoje mantêm a sua actividade bancária, como foi o caso do Banco Comercial Português, S. A. (BCP), o qual, ao contrário do BES, foi sujeito a medidas de reestruturação que lhe permitiram não estar sujeito aos requisitos de capital apertados a que o BES se encontrava sujeito, e que por isso lhe garantiram uma maior flexibilidade na sua actuação, o que terá sido fulcral para a possibilidade de continuidade da sua actividade, sendo que as situações dos dois bancos eram idênticas, designadamente porque ambas as instituições foram alvo de aumentos de capital social no final do primeiro semestre de 2014, ainda que o do BES, por força da imposição do Banco de Portugal.

Para mais, invoca que o Banco de Portugal tinha ainda e após aprovação das contas, uma medida mais adequada, concretizada no reforço da solidez financeira, através de operações de capitalização com recurso a investimento público, tendo em vista o cumprimento dos rácios de fundos próprios aplicáveis, nos termos previstos na Lei n.º 63-



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

A/2008, de 24 de Novembro, com a apresentação de um plano de reestruturação ou de recapitalização com recurso a capitais públicos, por preenchimento dos pressupostos para o efeito.

Alega que tudo o que até à data tinha sido indicado publicamente pelo regulador apontava nesse passo lógico, o que se afere pelas declarações do Banco de Portugal, a 18 de Julho de 2014, na Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública sobre a situação do BES, bem como pela comunicação adicional, datada de 30 de Julho, que embora tenha referido que a exposição do BES tinha aumentado significativamente, indiciava que a solução última passasse por instrumentos de capitalização que salvariam o BES, o que não se veio a verificar, decidindo, de forma desproporcionada, aplicar a medida de resolução.

Defende, por último, que a própria Lei n.º63-A/2008, de 24 de Novembro, relega as medidas de resolução para um patamar de última *ratio* em face da recapitalização por recurso a capitais públicos, prevendo que o recurso às medidas correctivas ou de resolução, seja posterior, nos termos do n.º2 do artigo 16.º do referido diploma, à apresentação de um plano de recapitalização com recurso a capitais públicos e na medida em que este não seja cumprido, resultando claro que o ordenamento jurídico estabelece uma clara preferência pelo regime da recapitalização com recurso a investimento público, ao das medidas de resolução, de entre as quais se prevê a medida aplicada ao BES, apresentando-se esta como uma medida mais proporcional e adequada.

O Banco de Portugal, em sede de contestação, defende que em parte alguma da petição inicial da autora a mesma invoca factos ou razões que, face à situação concreta então existente, revelem não ser a Medida de Resolução adequada e necessária à realização dos interesse públicos legalmente subjacentes à adopção de tais medidas, suportando as suas alegações na existência de medidas menos gravosas possivelmente aplicáveis, mas sem que demonstre que a medida de resolução não fosse proporcional à situação concretamente existente.

Defende o Banco de Portugal que, considerando a situação em que o BES se encontrava a 31 de Julho e 1 de Agosto de 2014 – com a intimação concreta do BCE sobre



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

a suspensão do estatuto de contraparte do BES em operações de financiamento europeu e a exigência do imediato reembolso dos 10.000 milhões de euros e a situação financeira em que se encontrava, não se consentia a adopção de qualquer outra medida das legalmente previstas para fazer face a situação de risco de incumprimento dos requisitos e rácios mínimos de funcionamento de instituições de crédito.

Mais invoca o Banco de Portugal, que antes da medida de resolução, quando ainda se estava em tempo para tal, adoptou, para fazer face aos problemas do BES, várias medidas de intervenção correctiva previstas no RGICSF entre as quais i) a medida de proibição, de 14 de Fevereiro de 2014, de comercialização pelo BES de papel comercial do GES sem autorização prévia do Banco de Portugal, ii) a determinação do Banco de Portugal, também em 14 de Fevereiro de 2014, para que fossem adoptadas medidas de reforço dos níveis de solvabilidade (o que veio a redundar posteriormente na decisão do BES aumentar o respectivo capital social), iii) medidas de suspensão e substituição, decretadas em 13 e 30 de Julho de 2014, de administradores do Banco Espírito Santo, iv) a imposição, em 22 de Julho, da constituição de provisões especiais, e v) a intimação, em 29 de Julho, para apresentação de um plano de recapitalização com recurso a fundos privados.

Pugna que, face à situação do BES a 1 de Agosto de 2014, com solvabilidade insuficiente, falta de liquidez, com o valor das respectivas acções em queda e a negociação das mesmas ter sido suspensa pela Comissão de Mercados de Valores Mobiliários, nenhuma das outras medidas correctivas, nem mais algumas, seriam suficientes para enfrentar imediatamente problemas como aqueles que lhe punham, quer o BCE, quer os depositantes, que acorriam em maior número no levantamento de depósitos, de uma situação limite de insolvência, o que não seria sequer ponderável como hipótese, para um banco da dimensão do BES, com a perda de poupanças sem fim, a perda irrecuperável da confiança do público, as reacções em cadeia no sistema bancário – em virtude da acentuada interdependência bancária entre bancos e recessão económica.

Mais defende que não resulta do ordenamento jurídico aplicável a escala gradativa que a autora pretende construir a esse propósito, resultando antes do próprio RGICSF que



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

as medidas de resolução não dependem da prévia aplicação de medidas de intervenção correctiva.

Quanto à comparação que a autora formula acerca do BCP, com o BES, defende que não se podem comparar situações distintas, na medida em que a dispensa temporária, pelo Banco de Portugal, do cumprimento por parte do BCP, de certos rácios de capital legalmente exigidos de forma transitória teve lugar num contexto de um plano de reestruturação já aprovado pela Comissão Europeia para a sua recuperação, num quadro de ajuda pública em Junho de 2012, perante um enquadramento legal nacional e da União Europeia mais favorável, bem como perante uma situação de pressão sobre a liquidez, absolutamente distinta, considerando a decisão do BCE de retirar ao BES o estatuto de contraparte exigível para efeitos do Eurosistema e a exigência de reembolso do financiamento de 10 mil milhões de euros.

Mais defende a inadequação da capitalização do BES com recurso a fundos públicos, ao abrigo do regime constante na Lei n.º63.º-A/2008, como uma medida alternativa válida, e a mais adequada ao caso *sub judice*, porquanto a decisão sobre a realização de qualquer operação de capitalização com fundos públicos não compete ao Banco de Portugal, mas sim “ao membro do Governo responsável pela área das finanças”, tanto em sede de recapitalização voluntária como obrigatória, sendo certo que tais operações de capitalização pública, acarretam um compromisso accionista ou quase accionista do Estado – e assim do erário público – indesejável, e que o legislador expressamente procurou evitar ao consagrar a alternativa do regime de resolução bancária.

Mais invoca que a necessidade urgentíssima de intervenção no BES, determinada pela divulgação do montante real dos prejuízos acumulados no primeiro semestre de 2014 e subsequente manifestação da intenção do BCE de suspender o estatuto dele de contraparte no Eurosistema, não se compadeceria, em qualquer caso, com os procedimentos, por mais acelerados que fossem, previstos para a adopção da solução de capitalização pública da Lei n.º63-A/2008, porquanto nos termos do artigo 8.º - K, da Lei n.º63-A/2008 (na versão de 2014), de acordo com Comunicação Bancária de 2013 da Comissão Europeia, diversamente da anterior comunicação, que foi aplicada aos casos do BCP, CGD, BPI e



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

BANIF, a recapitalização pública impõe a aprovação prévia pela Comissão Europeia, Direcção Geral de Concorrência, de um específico e complexo plano de reestruturação, tarefa que exige meses de preparação e que se mostrava notoriamente inviável nas circunstâncias concretas em que o BES se encontrava à data da resolução.

Defende ainda que tal solução, envolvia a necessidade de injeção de fundos públicos em montante significativamente mais elevado do que os necessários para capitalização do Fundo de Resolução, resultando ser a medida de resolução mais adequada e menos gravosa para todos os interesses envolvidos no processo de resolução, mais invocando que uma solução de capitalização poderia ser para os accionistas pior do que a medida de resolução, considerando a imputação prioritária dos respectivos prejuízos aos accionistas da instituição recapitalizada, em linha de conta com a Comunicação Bancária da Comissão Europeia de 2013.

Por último, defende, quanto às declarações do Governador de Portugal, proferidas em 18 e 29 de Julho, que as mesmas se pautaram pela preocupação fundamental de proteger os interesses que lhe estão confiadas por lei, tranquilizando as pessoas e os mercados na tentativa de evitar as soluções drásticas a que, por causa da gestão ruínosa levada a cabo pela administração accionista do BES (e do GES em geral), se teve de recorrer a final sendo certo que, a 29 de Julho de 2014, o Banco de Portugal não sabia o que só aconteceu na noite de 31 de Julho para 1 de Agosto, nem que o BCE iria propor ao respectivo Conselho de Governadores a suspensão do estatuto do Banco Espírito Santo de contraparte para efeitos de operações de política monetária do Eurosistema, nem que iria exigir a imediata devolução dos 10 mil milhões de euros que já havia sido emprestados ao BES para cobrir a gestão ruínosa da sua área financeira.

Os contra interessados pugnaram, em suma, pela improcedência do fundamento.

Vejamos.

Aventam os autores uma série de hipóteses que, ao invés da medida de resolução, poderiam ter “salvo” o BES de todo este desfecho, designadamente o recurso a operações de revitalização interna, junto de investidores privados, o denominado *bail in*, ou até mesmo



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

um plano de reestruturação ou recapitalização pública, o denominado *bail out*, o recurso ao Fundo de Apoio à Solvência Bancária, ou de uma eventual solução mista.

Alegam que a desproporcionalidade da medida é manifesta pela falta de ponderação do recurso a essas outras medidas, pois que essa mesma ponderação nem vem evidenciada no texto da deliberação, nem nunca foi tentada, através de outras soluções, pelo Banco de Portugal, designadamente outra que acautelasse de forma menos lesiva a posição jurídica dos accionistas e titulares de obrigações subordinadas, tendo aplicado de entre todas que se lhe encontravam disponíveis, a mais gravosa, a de ultima ratio, limitando-se a substituir um risco sistémico, por outro.

Ora, cumpre compreender que, não obstante o esforço que os autores despendem na demonstração de um conjunto de soluções hipotéticas, estas não passam disso mesmo, meras hipóteses alternativas que não logram demonstrar que os pressupostos da concreta medida de resolução aplicada não se verificavam a 3 de Agosto de 2014.

Por outro lado, a comparabilidade com outras soluções de planos de reestruturação ocorridos noutras instituições de crédito, não se vislumbra sequer relevante como um cenário alternativo, pois que não é demonstrado, na data da medida da aplicação da medida da resolução, que a situação do BES e toda a conjuntura económica ou financeira que se verificou nas outras instituições fosse sequer semelhante.

É que avançar hipóteses de “soluções” que se poderiam ter alcançado, em raciocínios hipotéticos alternativos, que não passam de uma mera álea, cujos efeitos futuros seriam também desconhecidos, e que de nada vale para os propósitos da estrita análise, que é jurídica, da validade da deliberação do Banco de Portugal, de 3 de Agosto de 2014, que aplicou ao BES uma medida de resolução.

E não vale para os propósitos da presente análise, pois que, para tanto, teriam os autores que ter alegado e demonstrado - e não o fizeram - que, naquela data, perante o quadro complexo e difícil em que se encontrava o BES, no rigoroso quadro regulatório da actividade bancária, os pressupostos legais para aplicação daquela medida não se verificaram, o que passaria por alegar e provar *maxime* que o cenário alternativo não era o da liquidação.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Entenda-se que a arguição daquilo que o Banco de Portugal poderia ter feito e não fez, ou do que não fez e deveria ter feito, no quadro de uma acção impugnatória, de estrita anulação, como é a presente, em que objecto do processo é centrado na validade do acto, irrelevando assim o quadro de suposições ou meras hipóteses apresentadas pelos autores.

A questão passa por saber se o acto administrativo cumpre ou não os pressupostos legais e vinculativos da sua prática, designadamente no crivo dos princípios fundamentais a que a Administração se encontra vinculada, conforme previsto no artigo 266.º da Constituição, pois que ao Tribunal cumpre julgar do “*cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação*” (cfr. artigo 3.º, n.º1, do CPTA).

Como se sabe, doutrinal e jurisprudencialmente, o princípio da proporcionalidade, tem vindo a ser decomposto numa tríade de subprincípios ou dimensões de análise:

- a *adequação*, que proíbe adopção de condutas administrativas que não sejam adequadas para a prossecução do fim que concretamente visam atingir;
- a *necessidade*, que proíbe a adopção de condutas administrativas que não sejam indispensáveis para a prossecução do fim que concretamente visam atingir, impondo, portanto, que, de entre diversos meios igualmente adequados, seja escolhido o menos lesivo para os interesse públicos e/ou privados envolvidos,
- e a *proporcionalidade stricto sensu* ou *razoabilidade*, que proíbe que os custos da actuação administrativa escolhida como meio de prosseguir um determinado fim sejam manifestamente superiores aos benefícios que sejam de esperar da sua utilização (cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, ob. cit. pág. 208).

Neste sentido, a análise do princípio da proporcionalidade, impõe, antes de mais, que se perceba os fins a que se destina a medida de resolução e os seus pressupostos, por forma a que, munidos de tal conhecimento, se afira da sua compatibilidade com o referido princípio.

Esclarece o artigo 145.º-A do RGICSF, na redacção em vigor à data da aplicação da medida, que a medida de resolução, visa “*assegurar a continuidade da prestação dos serviços*”.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

financeiros essenciais; acautelar o risco sistémico; Salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e salvaguardar a confiança dos depositantes.

Por sua vez, o artigo 145.º-C, n.º1, do RGICSF, prevê como pressuposto de aplicação, que a “*instituição de crédito não cumpra, ou esteja em risco sério de não cumprir, os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua actividade*”, entendendo-se tal situação como aquelas em que, “*entre outros factos atendíveis, cuja relevância o Banco de Portugal apreciará à luz das finalidades enunciadas no artigo 145.º-A*”, “*a instituição de crédito tiver tido prejuízos ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo possa vir a ter prejuízos susceptíveis de consumir o respectivo capital social*” ou “[o]s activos da instituição de crédito se tornem inferiores ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo se tornem inferiores às respectivas obrigações” ou “[a] instituição de crédito estiver impossibilitada de cumprir as suas obrigações, ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo o possa ficar”.

Por último, ainda como pressuposto da aplicação da medida, é a de que não seja expectável ou “*previsível que a instituição de crédito consiga, num prazo apropriado, executar as acções necessárias para regressar a condições adequadas de solidez e de cumprimento dos rácios prudenciais*”.

Posto isto, cumpre esclarecer, e já como análise ao princípio da proporcionalidade, que a medida de resolução, não se encontra num contexto de quaisquer outras medidas precedentes ou de verificação prévia, designadamente de índole correctiva, pois que, conforme determina o n.º4 do artigo 145.º-C do RGICSF, “[a] aplicação de medidas de resolução não depende da prévia aplicação de medidas de intervenção correctiva”.

Assim, de entre todas as medidas, a de resolução, pelos seus efeitos e extensão, é efectivamente a mais gravosa e que poderá ser considerada de *ultima ratio*, não significa que careça de prévia verificação de outras medidas. Carece é da verificação dos pressupostos que subjazem à sua aplicação, devendo ser aplicada quando esses mesmos pressupostos estejam verificados.

Note-se, contudo, que, ainda que a resolução seja de *ultima ratio*, ou seja, um “remédio” muito forte, não significa que o cenário alternativo não seja ainda pior, o da “morte imediata” de um banco, através de um processo de liquidação imediato e desordenado.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Em boa verdade, sempre será menos gravosa uma tentativa de “tratar” o que deve ser “tratado”, evitando designadamente um risco de “contágio” a outros organismos que com aquele se relacionem.

E o que interessa é saber se, a 3 de Agosto de 2014, os pressupostos estavam ou não verificados, e para tanto basta recuperar os fundamentos fácticos que se encontram nos considerandos da deliberação aqui impugnada, para se compreender os principais factores que determinaram a aplicação daquela medida.

Ora, resulta provado que, naquela data, havia já sido suspenso o estatuto de contraparte do BES em operações de financiamento europeu e a exigência do imediato reembolso dos 10.000 milhões de euros com que o BES já se havia financiado.

Mais resulta provado que as demonstrações financeiras consolidadas, apresentadas pelo Conselho de Administração do BES, a 30 de Julho de 2014, referentes ao primeiros semestre desse ano, reflectiram um prejuízo de 3.577,3 milhões de euros, o que representou um aumento superior a 1.500 milhões de prejuízos acumulados do BES, face aos valores que havia sido comunicados ao mercado, no dia 10 desse mesmo mês, o que trouxe ao conhecimento do Banco de Portugal, um incumprimento dos rácios mínimos de capital em vigor, a nível individual e consolidados, exigidos legalmente pelo Banco de Portugal.

Por último, resulta provado, que não foi possível ao BES, apresentar em tempo útil qualquer plano de recapitalização, não sendo por esta via expectável ou previsível que o BES, conseguisse *“num prazo apropriado, executar as acções necessárias para regressar a condições adequadas de solidez e de cumprimento dos rácios prudenciais”*.

Ora, só do exposto, sem necessidade de considerar outros factos que o Banco de Portugal também teve em consideração na aplicação da medida, eram *per si*, suficientes para a aplicação da medida.

E a medida, perante todo o exposto, não pode dizer-se que não tenha sido adequada, porquanto assegurou *“a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais”*, acautelou o “risco sistémico”, pois que de outra forma ter-se-ia verificado, aos olhos da experiência comum, uma corrida aos levantamentos de depósitos, *“salvaguardou-se os interesses dos contribuintes e do erário público”*, ao invés do que sucederia em qualquer outro cenário,



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

designadamente através da recapitalização pública, ao que acresce a salvaguarda da confiança dos depositantes, pois que os colocou a salvo, no “banco bom”.

Por outro lado, não fica demonstrado que a medida não fosse efectivamente necessária, uma vez que, perante as concretas circunstâncias em que o BES se encontrava, não havia um cenário alternativo que não fosse o de liquidação do BES, pois que não se mantinha sequer em condições de manter a autorização para o exercício da respectiva actividade, sendo totalmente hipotético e inverosímil qualquer outro cenário que não aquele.

Por último, resulta evidente que a medida da resolução é razoável, porquanto da ponderação entre os sacrifícios que ocorreriam em caso de liquidação – único cenário alternativo à resolução – e os que ocorrem num processo de resolução fica demonstrado que os benefícios desta última solução se apresentam como superiores aos de uma liquidação, não só pela prossecução dos fins a que se destina, bem como pela forma como atinge esses fins.

Entenda-se, mesmo considerando a posição concreta dos autores nos presentes autos – accionistas e credores subordinado – a medida de resolução, como já *supra* referimos, é razoável face ao estatuto detido no processo falimentar, pois que em face da natural vocação que os seus créditos (capitais próprio) têm para a absorção de perdas, a resolução mais não acarreta do que perda daquilo que naturalmente perderiam, sendo muito mais justa na distribuição do encargos, ao invés de sacrificar o erário público e bem assim o contribuinte ou ainda o depositante, cuja sua vulnerabilidade, num processo de liquidação, o coloca num patamar de litúgio falimentar que na resolução não se verifica.

Por outro lado, qualquer hipótese alternativa de recapitalização pública é totalmente contrária aos propósitos da própria medida de resolução, aliás, tal como referido no enquadramento prévio, ela surge como combate a esse tipo de apoios públicos, precisamente, pelo elevado “*moral hazard*” que tais apoios provocavam, pelo que irreleva qualquer intenção ou possibilidade no apoio público, para além de essa hipótese ter um condão político, e não administrativo, escapando por essa via à vontade do próprio Banco de Portugal, aqui demandado.



S.

R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Note-se que a questão da recapitalização pública, enquanto medida menos gravosa, na óptica apresentada pelos autores na presente acção, só o é numa perspectiva totalmente individual e utilitarista do erário público, pois que, do ponto de vista global de todos os interesses em jogo, *maxime* o do interesse público inerente à tomada de uma medida de resolução, verifica-se ser a medida de resolução a mais adequada.

Outra solução, que não a da resolução ou a da liquidação, seria porventura mais benéfica para os accionistas e credores subordinados, contudo, desvirtuaria a razão de existência da medida da resolução, que tende, primeiramente a salvaguardar o erário público das desventuras bancárias bem como aqueles que não assumiram riscos a troco de remunerações.

Sendo os accionistas os “controladores” do organismo que lhes proporciona o lucro, lucro esse que surge muitas vezes associado ao um elevado risco de perdas, quando a actividade desse organismo entra em “colapso”, não faz qualquer espécie de sentido, serem outros, que não aqueles que mais lucram com a actividade, a suportar o prejuízo.

Solução diferente seria continuar a proporcionar aos accionistas a possibilidade assumir cada vez mais riscos no desenvolvimento da actividade bancária e financeira, sendo a medida de resolução, uma manifestação político-jurídica da redução ao máximo desses comportamentos de risco.

Por outro, ainda que tomemos na análise do princípio da proporcionalidade critérios de comparabilidade, por referência à “balança” dos interesses em presença, onde num dos pratos da balança, surge a medida da resolução - com o “peso” dos interesses que procura alcançar - e no outro prato da balança a única solução alternativa possível - a liquidação - com todos as consequências que daí adviriam, resulta claro que a “balança” penderia para a aplicação da medida da resolução.

Mesmo no prisma da afectação ou compressão do direito de propriedade dos aqui autores, sempre se dirá que os interesses públicos, que subjazem à aplicação da medida de resolução, superam largamente e justificam uma qualquer “compressão” dos direitos dos accionistas e credores subordinados, aqui autores.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Partindo da premissa de que os princípios, tal como defende Robert Alexy, são mandados de optimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, é no confronto com os demais princípios aplicáveis a um determinado caso concreto que se afere da desrazoabilidade ou desproporção de uma determinada situação jurídica, pois que é na razão de uns que se comprimem outros, em virtude da colisão existente entre o cerne de cada um dos princípios aplicáveis (cfr. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (2ª. reimp.) pág. 97 e 111)

E aqui, os princípios que subjazem à aplicação de uma medida de resolução levada a cabo pelo Banco de Portugal, designadamente, o da salvaguarda do sistema financeiro - ele próprio garantístico da panóplia de direitos fundamentais constitucionalmente previstos - bem como o da salvaguarda do erário público e do dinheiro dos contribuinte, entram em colisão com o princípio da protecção da propriedade privada invocado pelo aqui autores, accionistas e credores subordinados, sendo que o peso daqueles comprime justificadamente o peso destes.

Reitera-se que as principais finalidades da medida da resolução aplicada, são os de:

- assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais, aqui entendidos como “serviços financeiros vitais aos cidadãos, às empresas e à economia em geral (contas de depósito, concessão de crédito e prestação de serviços de pagamento)”, cuja sua interrupção tem um enorme impacto no normal funcionamento da economia quotidiano, e bem assim no próprio bem-estar da sociedade, uma vez que limitaria o acesso das pessoas e empresas às suas poupanças e aos meios de pagamento, impedindo-as de consumir e de fazer face às suas necessidades e aos seus compromissos contratuais (neste sentido

- acautelar o risco sistémico, aqui entendido na definição prevista no parágrafo 30 do n.º 1 do artigo 2.º da Directiva 2014/59/UE como “*uma perturbação do sistema financeiro suscetível de ter consequências negativas graves no mercado interno e na economia real. Todos os tipos de intermediários, de mercados e de infraestruturas financeiros são, até certo ponto, potencialmente importantes a nível sistémico*”.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

- *Salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público*, que aqui surge, como já referimos, como um pilar estruturante da resolução, ou seja o evitar o uso de fundos públicos para suprir falhas bancárias alheias à gestão pública, sendo certo que na medida de resolução, uma eventual participação do Estado ficará absolutamente limitada à concessão de garantias ou de mútuos remunerados em condições de mercado e devidamente colateralizados, de modo a não constituírem auxílios indevidos do Estado, o que não se verifica, num cenário de recapitalização pública, com o intuito final de não prejudicar os contribuintes e os interesses públicos que o Estado deve prosseguir, evitar o dispêndio de fundos públicos em cenários de liquidação (com pagamento aos credores da instituição de crédito liquidada) ou de nacionalização.

- *Salvaguardar a confiança dos depositantes*, aqui entendida como uma das condições essenciais para se garantir o funcionamento adequado do sistema financeiro e a existência de confiança nesse mesmo sistema por todos os que nele participam, com especial relevância no caso dos depositantes, representando a quebra dessa relação de confiança uma situação de desequilíbrios financeiros graves, tais como, o efeito dominó habitualmente associado à quebra dessa confiança, podendo originar “corridas aos depósitos”, afectando outras instituições do sistema financeiro e provocando, ainda em consequência, um efeito de retracção do crédito com impacto na economia real.

Neste caso, é essencial para a tomada de uma medida de resolução relativamente a uma instituição de crédito, em detrimento da sua liquidação, por exemplo, que se afira o peso dos depósitos nessa instituição relativamente ao total do sistema bancário. Deste modo, poderá analisar-se se uma cessação ou suspensão de pagamentos provocada pela liquidação de uma instituição colocaria em causa a confiança generalizada dos depositantes nos seus bancos e em que medida.

Por outro lado, o grau de solidez e de resiliência do sistema bancário no momento da intervenção a realizar pelo Banco de Portugal na instituição de crédito é relevante para determinar se a confiança dos depositantes pode ser posta em causa pela não protecção dos seus depósitos (pela liquidação automática da instituição de crédito por revogação da autorização pelo Banco de Portugal, não aplicando nenhuma medida de resolução) (no



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

sentido supra exposto cfr. Pedro Lobo Xavier, *Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição*, in, Revista de Concorrência e Regulação, Ano V- N.º18, Abr-Jun, 2014, pág 158 a 160).

Face a todo exposto, verifica-se que a medida de resolução respeitou o princípio da proporcionalidade, sendo irrelevante quaisquer outras soluções alternativas à tomada, pois que naquela data concreta, mormente após a retirada do estatuto de contraparte ao BES, não logram os autores demonstrar em que medida seria possível, em tempo útil, proceder a um qualquer plano de recapitalização privada, ou qualquer recapitalização pública, à semelhança do sucedido noutros bancos e noutros ordenamento jurídico, pois que tais situações não se assemelham à real situação do BES a 30/07/2014.

Da violação do princípio da boa-fé e da protecção da confiança

Invocam os Autores, obrigacionistas, em síntese, que a medida de resolução é violadora do princípio da boa-fé, na sua vertente positiva, porque frustra a confiança que o Banco de Portugal fundadamente despertou, defraudando aquilo que previsivelmente fazia antever o seu poder legal de supervisão intrusiva, para assegurar a estabilidade financeira do BES presente e futura, poderes que, desde 2011, a lei reforçou e que se traduziram em efectivos comportamentos de intensa supervisão, decorrente do quadro excepcionalmente exigente do Programa de Assistência Financeira Externa a Portugal e de constantes afirmações tranquilizadores proferidas no âmbito dessa actuação.

Mais defende que a medida de resolução viola o princípio da boa-fé, na sua vertente positiva, porque tal decisão não foi adoptada segundo padrões de transparência, informação e partilha atempada dos riscos que o Banco de Portugal conhecia ou devia conhecer, apanhando os seus destinatários desprevenidos pelo factor “surpresa” da agressividade da medida.

Defende, por último, que a medida de resolução adoptada pelo Banco de Portugal viola a proibição do *venire contra factum proprium* porque resulta de uma necessidade e urgência de intervenção que foram criadas pela actuação ilegal e negligente do Banco de Portugal ao longo do tempo, ao não ter supervisionado adequadamente a exposição ao



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

risco do BES, não ter transparentemente divulgado os riscos que conhecia e, pelo contrário, ter concorrido para a manutenção da confiança do mercado no BES, até à véspera da decisão.

Invocam para o efeito, que o Banco de Portugal nunca sinalizou ao mercado que o BES estivesse exposto ao risco que veio a justificar a medida de resolução, tendo actuado de modo a suscitar uma confiança legítima na solidez e saúde financeira do BES, pois que, desde 2011, desenvolveu uma intensa monitorização sobre o BES com a detecção de informações privilegiadas, que lhe possibilitaram extrair consequências, criando no mercado a confiança legítima de que os fins legais dessa actuação estavam a se tutelados, tomando digno de confiança o estabelecimento de relações e de investimento no BES, comportamento que o mercado efectivamente adoptou de boa-fé até praticamente à véspera da tomada de decisão de resolução.

Por sua vez, a Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, S. A, invoca que o Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, é um “acto legislativo surpresa”, que não promove a segurança jurídica, não se compadecendo com o princípio de Estado de Direito, com legislações da “noite para o dia”, com a criação de regimes discriminatórios e desproporcionados, através de transposições parciais de uma directiva europeia, com uma alteração súbita e radical do enquadramento regulatório aplicável às instituições de crédito, o que se concretiza numa violação do princípio da protecção da confiança, termos em que defende que as normas dos artigos 145.º-B, 145-F, 145.º-H, 145-I, 153.º-M, 155.º e 211.º do Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, são inconstitucionais, devendo ser desaplicadas pelo Tribunal.

Por sua vez, contrapõe o Banco de Portugal que, ainda que por mera hipótese o princípio aqui invocado tivesse sido violado, por via da frustração das legítimas expectativas dos aqui autores, tal não importaria qualquer ilegalidade das deliberações aqui em causa, porquanto as mesmas manteriam sempre os seus pressupostos de aplicação, pelo que, a medida de aplicação seira sempre imprescindível e justificada, sob pena de se arrastarem os depositantes, a continuidade de serviços financeiros essenciais e a própria estabilidade do sistema financeiro para uma situação de ruptura, geradora daqueles



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

incontáveis prejuízos de dezenas de milhares de milhões de euros previstos pela Comissão Europeia e que afectariam todos os depositantes e credores do BES.

Defende assim que, não há qualquer erro nos pressupostos de facto para a aplicação da medida de resolução, pois que, ainda que a urgência fosse devida a falhas de supervisão, o que não se admite, não se extinguiria o seu poder-dever resolutivo, quando as circunstâncias de facto para o efeito se verifiquem, tal como sucedeu no presente caso.

Quanto à invocada violação do princípio da boa-fé, alega que os actos de gestão ruínosa que só vieram a ser do conhecimento do Banco de Portugal nos últimos dias de Julho de 2014, através dos auditores externos do BES ou de deliberações do próprio Conselho de Administração – e que conduziram ao aumento superior a 1.500 milhões de euros nos prejuízos acumulados do BES, face aos valores comunicados ao mercado em 10 de Julho - votam ao insucesso qualquer alegação de boa-fé ou manutenção de legítimas expectativas, fundadas no comportamento do Banco de Portugal, anterior àquele momento.

Os contrainteressados pugnaram, em suma, pela improcedência do fundamento.

Vejamos.

A violação do princípio da protecção da confiança, vem invocado pelos autores, por via de duas vertentes, a primeira, pelos autores obrigacionistas, como sendo o próprio acto de aplicação da medida da resolução, violador do princípio da boa-fé e protecção da confiança legítima, e a segunda, numa vertente de inconstitucionalidade do próprio diploma, enquanto “acto legislativo surpresa” no qual se funda a deliberação

Comecemos pela segunda vertente, pela simplicidade de análise.

Quanto à questão do “acto legislativo” surpresa, cumpre ao Tribunal apenas referir que não se vislumbra em que medida o Decreto-Lei n.º114-A/2014, equivale a qualquer surpresa no campo da medida de resolução, sendo certo que tal mecanismo tinha já lugar no ordenamento jurídico português desde o Decreto-Lei n.º31-A/2012, ou seja, independentemente das alterações ocorridas em 2014, que mais não fazem do que clarificar o regime da resolução, consagrar um regime mais garantístico aos credores com a



S.

R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

adoptação do princípio do *no creditor worse off*, e demais alterações nos domínios da avaliação, por parte de uma entidade independente, bem como definir a protecção dos accionistas cuja participação no momento da transferência seja inferior a 2%, o mecanismo já existia e era bem conhecido de todos, designadamente no meio bancário, não sendo manifestamente um acto legislativo que encerre qualquer “*alteração súbita e radical do enquadramento regulatório aplicável às instituições de crédito*”, como alega a autora.

Aliás, convém notar que o próprio BES e toda a sua estrutura organizativa era bem conhecedora da existência da medida de resolução, até no direito europeu, sendo tal conhecimento já invocado, em sede de risco, no prospecto de oferta pública de subscrição, na qual é já mencionado que *“Em julho de 2013 a Comissão Europeia propôs a criação de um mecanismo único de resolução (“Mecanismo Único de Resolução”), que forma, em conjunto com o Mecanismo Único de Supervisão a base para a criação de uma União Bancária. O principal objectivo deste mecanismo é evitar que os custos associados à resolução bancária sejam suportados na totalidade pelos contribuintes dos Estados-Membros, envolvendo, em primeiro lugar e num montante mínimo, a participação dos accionistas e credores das instituições financeiras.*

A intervenção do Mecanismo Único de Resolução reduz a possibilidade de um apoio governamental individualizado, aumentando a probabilidade de imputação de perdas aos accionistas e obrigacionistas de uma instituição financeira antes desta intervenção ser iniciada (cfr. alínea oo) do probatório);

Por outro lado é irrelevante a “*pressa*” do processo legislativo, na medida em que o que releva é a sua entrada em vigor no ordenamento jurídico português e não o processo legístico que lhe está associado.

Quanto à invocada violação do princípio da boa-fé e protecção da confiança cumpre referir que o princípio da boa-fé encontra-se claramente positivado na nossa ordem jurídica mercê da sua consagração nos arts. 266.º da CRP e 06.º-A do CPA.

O princípio em análise opera com relação aos actos jurídicos bem como com os direitos que se exercitam e as obrigações que se cumprem, passando, fundamentalmente, pela emissão de um juízo de valor aplicado a uma conduta quando confrontada com um determinado comportamento anterior.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Enquanto princípio geral de direito, a boa-fé significa “... *que qualquer pessoa deve ter um comportamento correto, leal e sem reservas, quando entra em relação com outras pessoas* ...” (cfr. M. Esteves de Oliveira, Pedro C. Gonçalves e J. Pacheco Amorim in “*Código do Procedimento Administrativo*”, 2.^a edição, pág. 108).

Note-se ainda que, no quadro duma situação de tutela de confiança, revela-se como necessário estarmos em face duma confiança “*legítima*”, o que passa, em especial, pela sua adequação ao Direito, dado não poder invocar-se a violação do referido princípio quando o mesmo radique num acto anterior claramente ilegal, sendo tal ilegalidade perceptível e não contestada por aquele que pretenda invocar em seu favor o referido princípio (cfr., entre outros, os Acórdão do SRA de 18.06.2003 - Proc. n.º 01188/02, de 21.06.2007 - Proc. n.º 0126/07 in: *«www.dgsi.pt/jsta»*; e Marcelo Rebelo de Sousa in: *ob. cit.*, págs. 217/218).

A propósito da “*segurança jurídica*” e da “*proteção da confiança*” refere o J.J. Gomes Canotilho que “... *a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica - garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e de realização do direito - enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder - legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses atos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico ...*” [in: “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 7.^a edição, pág. 257].

Tal entendimento corresponde àquilo que constitui a nossa jurisprudência constitucional, extraindo-se da fundamentação do Acórdão n.º 408/2015 do Tribunal Constitucional (no qual reitera e retoma os critérios firmados na sua jurisprudência anterior



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

- cfr., entre outros, os Acórdãos n.ºs 287/90, 303/90, 556/2003, 128/2009, 176/2012, 187/2013, 355/2013, 862/2013, 202/2014, 413/2014 e 575/2014] de que o “*princípio da proteção da confiança assume, na jurisprudência constitucional portuguesa, um conteúdo normativo preciso, que faz depender a tutela da confiança legítima dos cidadãos da verificação de alguns requisitos ou testes cumulativos. (...) Os primeiros testes procuram escrutinar a consistência e a legitimidade das expectativas dos cidadãos afetados por uma alteração normativa, havendo de concluir-se que aquela existe quando (1) o legislador tenha encetado comportamentos capazes de gerar nestes cidadãos expectativas de continuidade, (2) estas expectativas sejam legítimas, justificadas e fundadas em boas razões, (3) e as pessoas tenham feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do comportamento estadual*”, sendo que “[e]uso todas estas condições se verifiquem, o percurso decisório quanto ao princípio da proteção da confiança culmina num exercício de ponderação entre interesses contrapostos, levado a cabo de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito: de uma parte, a confiança (legítima) dos particulares na continuidade do quadro normativo vigente e, de outra, as razões de interesse público que motivaram a alteração” [consultável no mesmo sítio].

Assim, e para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da “confiança” é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados “expectativas” de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do “comportamento” estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem tal alteração, designadamente quando estão em causa restrições de direitos, liberdades e garantias.

Vejamos então.

Com grande relevo nesta matéria e aqui já nos domínios de que nos ocupamos no presente caso surge o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso o Tribunal de Justiça (TJ) - (grande secção), Proc. C-526/14, (*pedido de decisão prejudicial do Ustavno sodišče Republike Slovenije — Eslovénia) — Tadej Kotnik e o./Državni zbor Republike Slovenije*, disponível em <https://curia.europa.eu/>, que se reporta a um caso de auxílios estatais à Banca, no qual o TJ teve a oportunidade de se pronunciar sobre se as medidas ali em causa



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

afectavam o direito de propriedade privada dos accionistas e dos credores subordinados, e até mesmo sobre o princípio da protecção da confiança.

Quanto ao princípio da confiança legítima, invoca no ponto 62 que *‘Em primeiro lugar, relativamente ao princípio da protecção da confiança legítima, resulta de jurisprudência assente que o direito de invocar este princípio pressupõe que tenham sido fornecidas ao interessado garantias precisas, incondicionais e concordantes, provenientes de fontes autorizadas e fiáveis, pelas autoridades competentes da União. Com efeito, este direito pertence a qualquer sujeito de direito no qual uma instituição, um órgão, um organismo da União criou esperanças fundadas, ao fornecer-lhe garantias precisas (acórdãos de 16 de dezembro de 2010, *Kabla Thüringen Porzellan/Comissão*, C-537/08 P, EU:C:2010:769, n.º 63, e de 13 de junho de 2013, *HGA e o./Comissão*, C-630/11 P a C-633/11 P, EU:C:2013:387, n.º 132);*

Tomando posição nos pontos 63 a 69, refere o seguinte:

Ora, os acionistas e os credores subordinados dos bancos que foram objeto de medidas de repartição dos encargos, previstas nos pontos 40 a 46 da comunicação sobre o setor bancário, como as que estão em causa no processo principal, não podem invocar o princípio da protecção da confiança legítima para se oporem à aplicação das medidas em causa.

Com efeito, por um lado, os acionistas e os credores subordinados dos bancos em causa não dispõem de nenhuma garantia da Comissão de que aprovaria um auxílio estatal para superar o défice de capital desses bancos. Por outro lado, estes investidores não tinham a garantia de que, de entre as medidas destinadas a fazer face ao défice de capital dos bancos beneficiários do auxílio estatal autorizado pela Comissão, algumas não seriam suscetíveis de afetar os seus investimentos.

Além disso, a circunstância de, nas primeiras fases da crise financeira internacional, os credores subordinados não terem sido obrigados a contribuir para o resgate das instituições de crédito, como recorda a Comissão no ponto 17 da sua comunicação sobre o setor bancário, não permite aos credores em causa no processo principal invocar o princípio da protecção da confiança legítima.

Com efeito, tal circunstância não pode ser considerada uma garantia precisa, incondicional e concordante suscetível de criar nos acionistas e nos credores subordinados a confiança legítima de não serem sujeitos no futuro a medidas de repartição dos encargos. Como o Tribunal de Justiça já declarou, embora o princípio da protecção da confiança legítima se inscreva entre os princípios fundamentais da União, os operadores económicos não podem depositar a sua confiança legítima na manutenção de uma situação



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

existente que pode ser alterada no âmbito do poder de apreciação das instituições da União, em especial num domínio como o dos auxílios estatais, cujo objetivo implica uma constante adaptação em função das variações da situação económica (v., por analogia, acórdão de 26 de junho de 2012, Polónia/Comissão, C-335/09 P, EU:C:2012:385, n.º 180).

O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, por outro lado, sobre a necessidade de os Estados-Membros disporem, em todo o caso, de um período transitório para se adaptarem às novas exigências da Comissão relativas à repartição dos encargos pelos acionistas e credores subordinados.

A este respeito, o Tribunal de Justiça já declarou que, ainda que se admita que a União tenha previamente criado uma situação suscetível de originar uma confiança legítima, o que não é o caso neste processo, um interesse público superior pode opor-se à adoção de medidas transitórias para situações surgidas antes da entrada em vigor da nova regulamentação, mas cuja evolução ainda não terminou (v. acórdãos de 17 de julho de 1997, Affish, C-183/95, EU:C:1997:373, n.º 57, e de 17 de setembro de 2009, Comissão/Koninklijke FrieslandCampina, C-519/07 P, EU:C:2009:556, n.º 85).

Ora, como salientou o advogado-geral no n.º 70 das suas conclusões, o objetivo de assegurar a estabilidade do sistema financeiro, evitando simultaneamente despesas públicas excessivas e minimizando distorções de concorrência, constitui um interesse público superior desta natureza.

Posto este enquadramento, cumpre verter o mesmo no caso concreto.

Antes de mais, cumpre referir que estamos, no caso concreto dos presentes autos, perante sujeitos, accionistas - recorde-se - detentores de capital social de valor superior ou igual 2% e obrigacionistas subordinados, que são detentores de conhecimentos específicos nos domínios da actividade bancária, os primeiros pela posição e papel que representam na estrutura societária comercial, os segundos pela posição que desempenham no mundo económico e financeiro, que os eleva a um patamar de sapiência muito diferente de outros operadores do mercado financeiro.

Aliás, é considerando a natureza dos autores, obrigacionistas subordinados, todas sociedades ou fundos de investimento, alguns dos quais, designados pela doutrina financeira como “*hedge funds*” ou ligados a este tipo de veículos, com largos recursos, experiência e conhecimento do mercado dos valores mobiliários, sendo investidores profissionais e, certamente, investidores qualificados para efeitos do n.º1 do art.º 30.º do



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Código dos Valores Mobiliários, que se dirá que não há qualquer “perspectiva de continuidade” que tenha sido quebrada, não só pela alterações operadas pelo Decreto-Lei n.114-A/2014, bem como pela aplicação da medida de resolução.

Bem sabem os autores, à partida, que os activos de que são titulares são especialmente aptos à absorção de perdas, designadamente no cenário alternativo de liquidação da instituição bancária, não representando tais perdas quaisquer surpresas para os aqui autores, ainda que individualmente considerados.

Neste sentido, falece qualquer argumento de mutação da ordem jurídica com a qual, os aqui autores, razoavelmente não pudessem contar e que não fosse imperativa tomar face aos interesses públicos em presença na tomada de uma medida de resolução e que prevaleçam sobre quaisquer outros interesses privados, aqui no caso, de natureza estritamente pecuniária, de agentes que se colocaram voluntariamente na posição de assunção de risco.

E quase sem necessidade de proceder à avaliação dos clássicos pressupostos do princípio da protecção da confiança, se chega à conclusão que a mesma não foi frustrada por parte do Banco de Portugal, em nenhuma das suas vertentes, no que aos accionistas e credores subordinados diz respeito.

É que, na apreciação da medida de resolução, há um facto essencial no caso *sub judice* que transfigura a análise jurídica do princípio da protecção da confiança, que é o da alteração brusca das circunstâncias factuais existentes após o conhecimento por parte do Banco de Portugal de que as contas do BES não correspondiam à realidade material da sua situação financeira, o que serviu de fundamento à decisão e não é alvo de impugnação por parte dos autores.

Entenda-se que, toda e qualquer comunicação ou exteriorização por parte do Banco de Portugal, anterior a 28 de Julho é certa, correcta e verdadeira, face aos dados de que dispunha naquelas datas, não se verificando qualquer actuação de tal poder público, que não tenha sido veiculada, na prossecução dos interesses públicos que prossegue, mormente o da regularidade do sistema bancário.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Em boa verdade, do probatório verifica-se, efectivamente, que, desde os finais de 2013, que o Banco de Portugal intensificou a vigilância sobre BES, e no âmbito dessa mesma vigilância e poderes de supervisão exerceu, até à aplicação da medida de resolução, um conjunto de poderes, designadamente a imposição de medidas correctivas e bem assim um elevado controlo da gestão do BES, o que se afere, designadamente pelo teor da correspondência havida entre o Banco de Portugal e Conselho de Administração do BES, bem como pelas medidas de intervenção correctiva de proibição de papel comercial sem autorização prévia do Banco de Portugal, a determinação para a adopção de medidas de reforço dos níveis de solvabilidade (cfr. alínea hh) do probatório), medidas de suspensão e substituição de administradores do Banco Espírito Santo (cfr. alínea ss) do probatório), a constituição de uma provisão especial (cfr. alínea yy) do probatório) e ainda a própria intimação para a apresentação de um plano de recapitalização interna (cfr. alínea aaa) do probatório), não se podendo sequer dizer que o Banco de Portugal não tenha adoptado uma postura de diligência e vigilância relativamente à gestão do BES.

E como já dissemos, e aqui repetimos, não se poderia exigir ao Banco de Portugal, no quadro da regulação, uma actuação diferente da que teve, pois que firmou a sua actuação na plena convicção do cumprimento do bloco normativo especial que vinculava o BES e na presunção da veracidade das contas apresentadas, por parte daquele, não se verificando, aqui, qualquer *“venire contra factum proprium”*, mas sim um engano em face da ocultação ou simulação de dados contabilísticos que lhe eram fornecidos pelo regulado.

Se o “regulado” não se conformou com o Direito na sua relação com o regulador - actuação esta que terá as necessárias repercussões na parcela de justiça que cabe à jurisdição comum, no âmbito penal e contra ordenacional – não se pode exigir outra actuação administrativa do Banco de Portugal, até ao momento do conhecimento da verdadeira situação financeira do BES que não aquela que teve.

E, aqui chegados, é importante recordar que a supervisão efectuada pelo Banco de Portugal depende de outros actores e intervenientes num regime de *“checks and balances”*, onde se contam, a título de exemplo, os auditores internos e externos ao próprio regulador.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Pelo que, ainda que algumas expectativas tivessem sido criadas pelo Banco de Portugal, designadamente introduzindo confiança na aquisição de acções ou obrigações subordinadas, sempre se dirá que não é possível concluir que o fez sem plena convicção da segurança e verdade da informação que detinha, não podendo ser “culpabilizado” por um actuação enganadora de terceiros, o que não está em causa nos presentes autos.

É que ainda que tal expectativa tenha sido criada, não significa que a alteração brusca do conhecimento sobre a verdade dos factos, designadamente a descoberta dos reais prejuízos do BES, bem como todas as consequentes alterações advenientes desse mesmo facto, designadamente a decisão de retirada do estatuto de contraparte, não sejam suficientes, atentos os interesse públicos em presença, para se sobrepor a quaisquer expectativas dos aqui autores - que mais não são do que expectativas estritamente individuais e de pendor pecuniários às quais se contrapõem interesses de natureza pública, de enorme relevância.

Mais se diga, e quanto à questão da boa-fé, que não se compreende a invocação de tal princípio, por parte dos obrigacionistas subordinados, na medida em que tal princípio, exige um determinado investimento na confiança, e que esse investimento tenha em si mesmo natureza juridicamente tutelável.

Ora, como já referimos, e aqui repetimos, os obrigacionistas subordinados, que são todos sociedade ou fundos de investimento, alguns dos quais, designados pela doutrina financeira como “*hedge funds*” ou ligados a este tipo de veículos, com largos recursos, experiência e conhecimento do mercado dos valores mobiliários, sendo investidores profissionais e, certamente, investidores qualificados, não podem vir nos presente autos invocar qualquer violação do princípio da boa-fé, na medida em que, em lado algum nos autos, demonstraram, como era seu ónus, nos termos do artigo 342.º do Código Civil, que a compra das obrigações subordinadas tenha sido resultado de qualquer investimento numa confiança avançada pelo Banco de Portugal, com fundamento numa qualquer legítima expectativa.

Aliás, resulta até provado (cfr. alínea I) do probatório) que, algumas das obrigações subordinadas das quais os aqui autores são titulares, foram adquiridas em momento



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

posterior à da aplicação da medida da resolução, pelo que é desprovido de sentido a invocação do fundamento da violação do princípio da boa-fé ou protecção da confiança, sendo certo que à data da aquisição daquelas obrigações, já eram conhecedores da proibição legal de transferência delas para o banco de transição e da sujeição do banco resolvido a um processo de insolvência, processo este que, pela posição que ocupam, na cadeia falimentar, os remete para o final no pagamento dos credores, inexistindo assim, qualquer sucessão da posição e tutela jurídica dos anteriores adquirentes, porquanto a “boa-fé” que eventualmente aqueles tinham, não se transmite para os adquirentes de obrigações subordinadas em data posterior à medida de resolução, carecendo de legitimidade substantiva para arguição de tais vícios.

Aliás, e como se deixou escrito no Despacho Sancador, a data da aquisição das obrigações subordinadas, em nada belisca a legitimidade adjectiva dos autores obrigatorionistas para a presente demanda, mas não deixa de ter as suas consequências ao nível substantivo, porquanto carecem desse mesmo pressuposto de legitimidade, aqueles que, invocam uma desvalorização de património, originada com a medida de resolução, quando esse património só foi adquirido no momento ou até posteriormente à data da aplicação da medida de resolução, e como bem defende o Banco de Portugal que tal circunstância foi “determinante na redução do preço pago por essa aquisição”.

Por outro lado, e quanto ao que diz respeito ao princípio da confiança, não existe nem por parte da autora, accionista, e muito menos dos obrigatorionistas subordinados, qualquer posição jurídica que seja tutelável ao abrigo de tal princípio, pois que há muito, e até pelos factos que evidenciaram nas respectivas alegações dos articulados da presente acção, era conhecida a “débil” e delicada situação do BES, não se podendo sequer dizer que não tenha sido assinalada pelo Banco de Portugal uma efectiva, permanente e consistente preocupação na sua actuação de regulador com a situação do BES, mormente face ao risco e exposição associado ao GES.

Assim, e aqui chegados, não se pode dizer que o Banco de Portugal, tenha encetado qualquer comportamento capaz de gerar nos autores “expectativas” de continuidade na manutenção dos *status quo ante* a aplicação da medida de resolução, e mesmo que tivesse



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

encetado qualquer expectativa de continuidade, na óptica dos autores aqui em presença, não pode dizer-se que tais expectativas fossem legítimas, justificadas nem fundadas em boas razões, mormente quanto aos accionistas ESFG, pois que nessa qualidade, e enquanto detentores do “manejo” da instituição bancária resolvida, eram conhecedores da gestão prejudicial aos seus próprios interesses, não sendo sequer credível que tivessem no seu âmago de futuro, quaisquer planos que não contemplassem elevados prejuízos no seu património accionistas, tendo em consideração os resultados apresentados no 1.º trimestre do ano de 2014, e que veio a culminar, no elevado prejuízo de 3.577,3 milhões de euros.

Por outro lado, e mesmo que se considerasse que estaria em causa, no caso concreto dos accionistas, uma qualquer restrição ao seu direito de propriedade, sempre se dirá que as razões de interesse público que subjazem à aplicação da medida da resolução, já supra expostas, são mais do que suficientes para a alteração do *status quo* existente.

Face ao exposto, verifica-se que não houve qualquer violação do princípio da boa-fé ou da protecção da confiança, termos em que improcede o respectivo fundamento de invalidade.

Violação do princípio da imparcialidade na vertente positiva

Vêm os autores obrigatoristas invocar a violação do princípio da imparcialidade, na sua vertente positiva, porquanto na decisão administrativa de resolução, o Banco de Portugal não ponderou a alternativa de recapitalização do BES com recurso a fundos privados.

Por sua vez, o Banco de Portugal refere, contrapondo, que a medida de resolução tomou em consideração tal hipótese até ao momento em que o próprio Conselho de Administração do BES, formalmente, renunciou à possibilidade de operacionalização dessa hipótese, mais defendendo que, desde 30 de Julho de 2014, após a divulgação dos prejuízos do exercício do primeiro semestre de 2014, não há qualquer registo da existência de efectivas e reais propostas de investimento privado na capitalização do BES, incluindo por parte dos autores.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Vejamos.

Como bem explicam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (Direito Administrativo Geral, tomo I, 2ª cd.. Lisboa, 2007, pág. 210 e segs), a dimensão positiva do princípio da imparcialidade, *“impõe que, previamente à decisão de um caso concreto, a administração tome em consideração e pondere todos os interesse públicos e privados que, à luz do fim legal a prosseguir, sejam relevantes para a decisão”*.

Mais explicam aqueles autores que *“o princípio da imparcialidade não permite dizer qual é o resultado correcto da ponderação de interesses e nem sequer contém os critérios de tal ponderação; os critérios e resultados de ponderação decorrerão de outras normas, designadamente do princípio da proporcionalidade, mas não pelo princípio da imparcialidade. Dele resulta apenas uma proibição da ponderação dos interesses irrelevantes [dimensão negativa] e uma prescrição da ponderação dos interesses relevantes”*.

Como já referimos, a aplicação de uma medida de resolução bancária, nos termos previstos nos artigos 145.º- A e segs. do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), tal como a que se encontra em causa e impugnada nos presentes autos, é um acto administrativo caracterizado por uma elevada complexidade técnica, e que não obstante se dirigir, única e exclusivamente, a um particular específico - no caso uma instituição de crédito, de natureza bancária - tem um enorme feixe de efeitos colaterais na esfera jurídica de terceiros, com repercussões e amplitude executória de difícil conhecimento.

Tal feixe de efeitos colaterais tem obviamente de ser considerado num período *ex ante* à tomada de decisão, tendo em consideração toda informação procedimental detida pelo órgão decisor, que munido de tal, realiza a ponderação de tais interesses, tendo como pano de fundo o interesse público na decisão que irá tomar.

Ora, o que é invocado nestes autos é a violação do referido princípio pelo facto de o Banco de Portugal não ter ponderado na sua decisão a possibilidade de outras alternativas à aplicação de uma medida de resolução, designadamente a recapitalização privada.

Contudo, verificado que seja o probatório, é por demais evidente que tal interesse e possibilidade foi tomado em consideração por parte do Banco de Portugal, designadamente



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

ao suscitar junto do Conselho de Administração daquele Banco, antes da tomada de decisão, um efectivo plano de recapitalização, o que não se mostrou viável, naquele curto período.

Entenda-se que, ainda que tenha sido invocado pelo próprio BES, na sua missiva de resposta ao Banco de Portugal, que “[n]as últimas semanas, o Banco tem assistido a manifestações de interesse de atuais e potenciais accionistas em participar no Plano de Capitalização, alguns expressando mesmo interesse em tomar participações significativas. Esta mesma informação foi transmitida à equipa de gestão pelo consultor financeiro (Deutsche Bank) que, como recentemente comunicado, foi contratado pelo Banco para assessorar a optimização da estrutura do seu balanço. Pelo que se tem a expectativa de que a referida capitalização seja concretizável”, nada de concreto foi apresentado, na missiva do Conselho de Administração do BES, mas sim meras manifestações de interesse que se reportam sempre a um período anterior ao da divulgação de resultados do 1.º semestre de 2014, ou seja, ao dia 30 de Julho.

Considerando os factos ocorridos nos 7 dias que antecederam a aplicação da medida de resolução, designadamente o conhecimento a 28 de Julho de 2014, da confirmação dos valores preliminares das contas do Grupo Banco Espírito Santo, relativas ao primeiro semestre de 2014, nas quais se concluiu num prejuízo de 3.577, 3 milhões de euros, que veio a revelar um grave incumprimento dos rácios mínimos de capital em vigor, a nível individual e consolidados, com a suspensão do estatuto do Banco Espírito Santo de contraparte para efeitos de operações de política monetária do Eurosistema, o que impedia o recurso ao financiamento do BES por parte de fundos do Eurosistema e acarretava a exigência da imediata devolução da totalidade dos cerca de 10.000 milhões de euros de empréstimo que o BES já havia obtido junto desse mesmo sistema europeu, são por si só, sem considerar as demais circunstâncias existentes à data relativamente à situação do BES, demonstrativas da impossibilidade, de, a curto prazo, recorrer a qualquer outra alternativa, que não fosse a de um cenário de imediata liquidação do BES.

Face ao exposto, improcede a invocada violação do princípio da imparcialidade.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Da violação do Direito da União Europeia:

A violação do direito da União Europeia: O direito de propriedade e o princípio da proporcionalidade no Direito da UE.

Invoca a Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, S. A, que a medida de resolução é violadora do direito na União Europeia na perspectiva do direito da propriedade e do princípio da proporcionalidade, da forma como resulta a sua restrição, não só do artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como do artigo 1.º e do Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e artigo 52.º da própria Carta, que impõe condições claras para o efeito, designadamente i) ser justificada por razões de utilidade pública, ii) ser adoptada nos casos e condições previstas por lei, iii) ser compensada por justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil, e iv) observar o princípio da proporcionalidade.

Invoca a autora, em síntese, que resulta da directiva 2014/59/EU, que a aplicação de uma medida de resolução exige a verificação cumulativa de pressupostos, entre os quais, os de necessidade e proporcionalidade, face aos objectivos em jogo, sendo que na fundamentação da Medida de Resolução, não consta uma linha, uma palavra ou sequer a alusão a qualquer juízo, implícito que fosse, da ponderação daquela que seria a alternativa mais óbvia das quatro referidas, no caso, a recapitalização interna, prevista nos artigos 43.º e segs, da Directiva, o que é bem indicador da falta de ponderação que houve entre as várias alternativas, que é uma exigência do princípio da proporcionalidade.

Mais defende que a Directiva assegura também que, uma vez tomada tal decisão de resolução, a interferência nos direitos de propriedade não deverá ser ela própria desproporcionada, susceptível de pôr em causa a própria essência do direito de propriedade, o que originou o debate por parte da Comissão Europeia, em Junho de 2012, na apresentação da Proposta de Directiva, tendo vindo tal entendimento a ser plasmado na Directiva, através de um duplo mecanismo de compensação: i) o pagamento de um contrapartida à instituição objecto de resolução, prevendo assim compensação por justa indemnização em tempo útil, e ii) o chamado princípio de que “nenhum credor ou



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

accionista seja prejudicado”, que exige uma avaliação que determine a diferença entre o tratamento que os accionistas e os credores teriam recebido se a instituição objecto de resolução tivesse ao invés entrado em processo normal de insolvência e o tratamento efectivo que os mesmo receberam no quadro da medida de resolução, com direito ao pagamento da diferença pelos mecanismos de financiamento da resolução.

Invoca que, volvidos quatro meses desde a data da adopção da Medida de Resolução, nem a avaliação provisória que a Directiva impõe se encontra efectuada, nem passado o prazo de 120 dias fixado no ponto três da deliberação da Medida de Resolução, para efectuar a avaliação prevista no artigo 74.º da Directiva, a mesma se encontra disponível.

Invoca ainda, em síntese, a deficiente transposição da Directiva para ordem jurídica nacional, porquanto, apesar de o Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, referir que se pretende efectuar a transposição parcial da Directiva, é notório que falha por completo esse objectivo, pela falta de transposição das normas da directiva relativas ao pagamento de uma contrapartida à instituição objecto de resolução, tal como disposto no artigo 36.º da Directiva, prevendo apenas que o eventual remanescente do produto da alienação, após devolução dos montantes disponibilizados pelo Fundo de Resolução e pelo Fundo de Garantia de Depósitos ou Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo, seja devolvido à instituição de crédito originária ou à sua massa insolvente, o que não equivale, a uma compensação adequada e atempada pela expropriação dos activos da instituição objecto de resolução.

Mais defende a falta de transposição das normas da Directiva relativas ao mecanismo de salvaguarda de accionistas, pois que não obstante prever um mecanismo de salvaguarda de credores no artigo 145.º B, n.º3, o mesmo não se verifica para os accionistas, ao contrário do disposto na Directiva.

Pugna por que o pagamento seja feito o mais rapidamente possível após a adopção da medida de resolução, nos termos do artigo 74.º da Directiva, o que permite assegurar que o eventual pagamento devido aos accionistas e credores seja também expedito, como impõe o artigo 17.º da Carta.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Mais invoca a falta de transposição das normas da Directiva relativas à realização de duas avaliações independentes, o que não se encontra previsto no Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, que prevê apenas uma única avaliação, sem prever qualquer obrigação de celeridade de realização da mesma.

Defende assim a necessidade de desaplicar as normas nacionais e de anular a medida de resolução, porquanto foi desrespeitado um importante princípio de direito comunitário, sendo o regime jurídico sobre as medidas de resolução, violador de diversas norma de direito da UE, não podendo o mesmo subsistir, por violação do disposto no artigo 8.º, n.º4 da Constituição da República Portuguesa.

Em contestação, veio o Banco de Portugal defender que a transposição operada pelo Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, foi apenas parcial, sendo certo que só a 31 de Dezembro de 2014 terminava o prazo para o legislador português adaptar o regime da resolução bancária ao estabelecido na Directiva 2014/59/UE.

Mais defende que, para efeitos de avaliação da conformidade do regime português de resolução bancária e de protecção de accionistas e credores com o direito da União Europeia, a disciplina a ter em conta não é a que se estabeleceu com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º114-A/2014, pois que tal disciplina vinha já do Decreto-Lei n.º31-A/2012, e, naquele diploma, já se distinguíam os accionistas e os credores da instituição de crédito em relação à assunção prioritária dos prejuízos do banco resolvido, sem que se atribuisse aos accionistas qualquer compensação provisória pela adopção de uma medida de resolução, ficando eles, portanto, protegidos a título definitivo, nos termos do artigo 184.º do CIRE.

Mais invoca que a adopção parcial da Directiva e não transposição de determinadas disposições de uma directiva antes do termo do prazo da respectiva transposição, não é contrária ao direito da União Europeia, na medida em que a transposição parcial operada pelo Decreto-Lei n.º114-A/2014 não compromete seriamente o resultado visado pela directiva, nem o futuro desses mesmos objectivos.

Vejamos.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Antes de mais, cumpre compreender, como já referimos que, à data da propositura da presente acção, qualquer invocação de falta de transposição da Directiva 2014/59/UE, é intempestiva, na medida em que o seu prazo de transposição para os Estados-Membros se encontrava fixado até 31 de Dezembro de 2014, conforme referido no artigo 130.º, daquela Directiva, que estipula que “[o]s Estados-Membros adotam e publicam, até 31 de dezembro de 2014, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva. Os Estados-Membros comunicam imediatamente à Comissão o texto das referidas disposições.

Os Estados-Membros aplicam essas disposições a partir de 1 de janeiro de 2015”.

Ora, como já supra se referiu, a falta de menção da categoria dos accionistas, no mecanismo de salvaguarda introduzido com o Decreto-Lei n.º114-A/2014, irreleva no quadro em apreciação, visto que, àquela data, não terminara o prazo para a transposição, sendo certo que a Lei 23-A/2015, que efectivamente procede à transposição total da Directiva, já contempla a abrangência dos accionistas, no âmbito do princípio “*no creditor worse off*” (cfr. artigo 145.º-D, n.º1 alínea c)).

Neste sentido, fica prejudicada a análise do fundamento invocado quanto à falta de transposição ou deficiente transposição da Directiva, pois que à data em que tais argumentos foram deduzidos por parte da aqui autora, Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, S. A, ainda decorria o prazo para a transposição da mesma.

Por outro lado, há também que compreender que, no Direito da União Europeia, nada impede que a transposição de uma Directiva, por parte dos Estados-Membros seja feita de forma faseada e progressiva, sendo o mais relevante que durante o prazo em que decorra essa transposição, os Estados-Membros não adoptem medidas contrárias aos objectivos fixados pela Directiva, conforme decorre da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, entre outros, com maior relevância o Acórdão, *Inter-Environnement Wallonie*, de 24/4/97, Proc. C-126/96, disponível em <https://eur-lex.europa.eu>, o que não acontece no caso.

Analisemos, então, a questão invocada relativamente à violação do direito de União Europeia, na perspectiva do direito da propriedade e do princípio da proporcionalidade, da forma como resulta a sua restrição, não só do artigo 17.º da Carta dos Direitos



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Fundamentais da União Europeia, bem como do artigo 1.º e do Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e artigo 52.º da própria Carta, que impõe condições claras para o efeito, designadamente i) ser justificada por razões de utilidade pública, ii) ser adoptada nos casos e condições previstas por lei, iii) ser compensada por justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil, e iv) observar o princípio da proporcionalidade.

Conforme já supra se deixou decidido, a medida de resolução, não obstante aparentar consubstanciar uma “compressão” dos direitos de propriedade, apenas o faz na medida do que já ocorreria no cenário alternativo de liquidação, colocando os, aqui, autores na última posição da cadeia falimentar. Assim, é a partir deste pressuposto que a análise do Direito de Propriedade tem ser analisado no caso concreto.

É note-se com enorme relevância, tendo exactamente por referência a qualidade dos aqui autores, o decidido pela já citada jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso o Tribunal de Justiça (TJ) - (grande secção), Proc. C-526/14, (*pedido de decisão prejudicial do Ustavno sodišče Republike Slovenije — Eslovénia) — Tadej Kotnik e o./Državni zbor Republike Slovenije*, no qual o TJ teve também a oportunidade de se pronunciar sobre se as medidas ali em causa afectavam o direito de propriedade privada dos accionistas e dos credores subordinado.

Conforme pode ler-se, no ponto 27 do referido acórdão “*Resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que os títulos de dívida subordinada são instrumentos financeiros e partilham algumas características dos produtos de dívida e dos títulos de participação no capital. Em caso de insolvência ou de liquidação da entidade emitente, os titulares de dívida subordinada (a seguir «credores subordinados») são reembolsados depois dos titulares de dívida ordinária, mas antes dos acionistas. Como contrapartida do risco financeiro assim assumido pelos respectivos titulares, estes instrumentos financeiros têm um rendimento mais elevado.*”.

Por sua vez, no ponto 46, enunciando a segunda questão do reenvio, é exposto que “*o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 107.º a 109.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem aos pontos 40 a 46 da comunicação sobre o setor bancário na medida em que os referidos pontos prevêem uma condição de repartição dos encargos pelos acionistas e*



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

credores subordinados com vista à autorização de um auxílio estatal”, referindo como enquadramento prévio que “No que respeita à adoção dos pontos 40 a 46 da comunicação sobre o setor bancário com base nesta disposição, importa salientar que os serviços financeiros desempenham um papel central na economia da União. Os bancos e as instituições de crédito são uma fonte essencial de financiamento para empresas ativas em diferentes mercados. Além disso, existe frequentemente uma estreita ligação entre os bancos e a maior parte deles exercem as suas atividades a nível internacional. É por esta razão que existe o risco de a insolvência que afeta um ou mais bancos se propagar aos outros bancos, quer no Estado-Membro em causa quer noutros Estados-Membros, o que poderá, por seu turno, ter repercussões negativas noutros setores da economia”.

Em concreto, o ponto 53 refere que “entre esses requisitos, figura, nos pontos 40 a 46 da comunicação sobre o setor bancário, o que prevê a repartição dos encargos pelos acionistas e credores subordinados para cobertura dos custos de reestruturação dos bancos em dificuldades para colmatar o seu défice de capital. Isto implica que, após a absorção das perdas pelo capital próprio, os credores subordinados são também chamados a contribuir para a realização desse objetivo, quer através da conversão dos seus créditos em capital quer através da redução do valor desses créditos” esclarecendo no ponto 56 que “as medidas de repartição dos encargos visam garantir que, previamente à concessão de qualquer auxílio estatal, os bancos que apresentam um défice de capital diligenciem, junto com os seus acionistas, no sentido da diminuição desse défice, designadamente através da mobilização dos capitais próprios e da contribuição dos credores subordinados, uma vez que tais medidas são suscetíveis de limitar o volume do auxílio estatal concedido” mais referindo no ponto 57 e 58 que “uma solução contrária poderia provocar distorções de concorrência, na medida em que os bancos cujos acionistas e credores subordinados não tivessem contribuído para a diminuição do défice de capital receberiam um auxílio estatal superior àquele que seria suficiente para colmatar o défice residual de capital. Nestas condições, tal auxílio não seria, em princípio conforme com o direito da União.

Acrece que, para obviar ao problema do «risco moral», associado ao facto de os indivíduos terem tendência para tomar decisões arriscadas quando as eventuais consequências negativas dessas decisões são suportadas pela coletividade, importa evitar que os bancos sejam encorajados, pela possibilidade de obterem auxílios estatais, a recorrer a instrumentos financeiros com maior risco e suscetíveis de causar grandes perdas, o que poderia provocar sérias distorções de concorrência e comprometer a integridade do mercado



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

interno” concluindo no ponto 60 que “Atendendo a todas estas considerações, há que responder à segunda questão que os artigos 107.º a 109.º TUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem aos pontos 40 a 46 da comunicação sobre o setor bancário na medida em que os referidos pontos preveem uma condição de repartição dos encargos pelos acionistas e credores subordinados com vista à autorização de um auxílio estatal”.

Quanto à questão da violação da propriedade privada, invoca o TJ que “relativamente ao direito de propriedade consagrado no artigo 17.º, n.º 1, da Carta, há que recordar que, como declarado no n.º 44 do presente acórdão, a comunicação sobre o setor bancário não é suscetível de criar uma obrigação de os Estados-Membros procederem a medidas de repartição dos encargos, como as previstas nos pontos 40 a 46 desta comunicação”.

Mais esclarece o acórdão que “no que respeita aos acionistas dos bancos, recorde-se que, segundo o regime geral aplicável ao estatuto dos acionistas das sociedades anónimas, estes assumem plenamente o risco dos seus investimentos. Com efeito, decorre do considerando 5 da Diretiva 2012/30 que esta visa conservar o capital social, que constitui uma garantia dos credores.

Uma vez que os acionistas são responsáveis pelas dívidas do banco até ao montante do capital social deste, não se pode considerar que afeta o seu direito de propriedade o facto de os pontos 40 a 46 da comunicação sobre o setor bancário exigirem que, para superar o défice de capital de um banco, esses acionistas contribuam, previamente à concessão de um auxílio estatal, para absorver as perdas sofridas pelo banco na mesma medida que se não tivesse sido concedido esse auxílio estatal.

As perdas dos bancos em dificuldades teriam, em todo o caso, a mesma dimensão, independentemente da questão de saber se a sua causa assenta numa sentença de declaração de insolvência em razão da falta de concessão de um auxílio estatal ou num procedimento de concessão desse auxílio sujeito à condição prévia de repartição dos encargos.

No que respeita aos credores subordinados, como o Tribunal de Justiça salientou no n.º 27 do presente acórdão, os títulos de dívida subordinada são instrumentos financeiros e partilham algumas características dos produtos de dívida e dos títulos de participação no capital, o que implica que, em caso de cessação de pagamento por parte do emitente desses títulos, os seus detentores são reembolsados depois dos titulares de dívida ordinária, mas antes dos acionistas.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Ora, resulta dos pontos 41, 43 e 44 da comunicação sobre o setor bancário que estes credores só devem contribuir para reduzir o défice de capital, por um lado, após a absorção das perdas pelo capital próprio e, por outro, «se não houver outras possibilidades» para superar um eventual défice de capital do banco em causa ou quando este banco já não preencha os requisitos regulamentares mínimos de fundos próprios. Além disso, o ponto 46 desta comunicação prevê que «deve ser observado o 'princípio de que nenhum credor deverá ficar em pior situação'. Assim, os credores subordinados não devem receber menos em termos económicos do que aquilo que o seu instrumento teria valido se não tivesse sido concedido o auxílio estatal».

Concluindo assim que “as medidas de repartição dos encargos a que está subordinada a concessão de um auxílio estatal a favor de um banco deficitário não podem causar ao direito de propriedade dos credores subordinados um prejuízo que estes não teriam sofrido no âmbito de um processo de falência decorrente da falta de concessão de tal auxílio” pelo que “não se pode sustentar validamente que as medidas de repartição dos encargos, como as previstas na comunicação sobre o setor bancário, constituem uma ingerência no direito de propriedade dos acionistas e dos credores subordinados”.

Por outro lado, e considerando a invocação da violação do artigo 1.º, do Protocolo Adicional 1, a questão dos accionistas e bem assim da sua alegada violação do seu direito de propriedade, já não é nova no próprio TEDH, tendo aquele Tribunal concluído que qualquer que seja a interferência no usufruto pacífico de bens deve atingir um justo equilíbrio entre o interesse público prosseguido pelas medidas de resolução e a protecção aos direitos fundamentais dos indivíduos, defendendo que este equilíbrio exige uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregues e os respectivos objectivos prosseguidos pela medida de intervenção, incluindo aquelas que impliquem privação de bens, indo ao ponto de reconhecer que, nos casos de resolução de instituições financeiras, as autoridades nacionais gozam de uma certa margem de apreciação para avaliar e definir o interesse público que esteve em ponderação, em termos sociais ou económicos, e nesse sentido o Tribunal teria de respeitar as suas escolhas, o que apenas não ocorresse em caso de manifesta desproporção.

Mas o Tribunal foi ainda mais longe, e pronunciou-se também sobre o direito à compensação dos accionistas, tendo entendido que o interesse público prosseguido com a



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

medida de nacionalização do banco, nomeadamente a protecção de um sector-chave da economia nacional, justificava a decisão da autoridade de resolução de não compensar os accionistas. (cfr. Acórdão n. 34940/10, de 10 de julho de 2012, *Dennis Gruinger und others vs. the United Kingdom*, p. 12 e 13, disponível em <https://www.echr.coe.int>).

Ora, considerando as razões que subjazem à aplicação da medida de resolução ao BES, já *supra* expostas, bem como o mecanismo de compensação já *supra* referido, introduzido com o Decreto-Lei n.º114-A/2014, verifica-se inexistir qualquer violação do do artigo 17.º da Carta, ou do artigo 1.º do Protocolo Adicional 1, pois que a “compressão” dos direitos de propriedade dos autores, se encontra plenamente justificada, sendo a compensação devida realizada nos termos em que já *supra* se deixou escrito.

Nestes termos, improcede o também alegado fundamento de ilegalidade da medida de resolução.

A previsão de um processo sancionatório sem audiência e defesa

Defende a Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, S.A., que a aplicação das “medidas de resolução”, nos termos e nas condições previstas no RGICSF, sobretudo após a aprovação do Decreto-Lei n.º114-A/2014, de 1 de Agosto, tem um evidente carácter sancionatório, desde logo, e em primeiro lugar, relativamente aos accionistas da instituição de crédito.

Alega que, sendo certo que o referido regime permite que essas medidas sejam tomadas sem conferir aos destinatários do acto o direito à audiência prévia, o certo é que, nos termos do n.º 10 do artigo 32.º da Constituição se pode ler que em, quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa, pelo que, através de uma interpretação material, e não estritamente formal, a aplicação da medida de resolução, ainda que não implique a constituição da autora como arguida, não deixa de ser tomada num contexto com um evidente cunho sancionatório dos accionistas da instituição de crédito, termos em que defende não poderem tais medidas ter lugar, sem que sejam asseguradas os direitos de audiência e defesa aos destinatários – BES e seus accionistas- sancionados com a aplicação dessa medida de resolução.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Invoca assim a inconstitucionalidade do artigo 146.º do RGICSF, quando interpretada no sentido de que mesmo as medidas de carácter sancionatório dispensam a audiência dos interessados, ainda que posterior à tomada de decisão, por violação do disposto no n.º10 do artigo 32.º da Constituição, devendo o Tribunal recusar a sua aplicação.

O Banco de Portugal, pugna pela total improcedência de tal arguição, na medida em que as normas que infringem aos accionistas as maiores perdas, bem como assunção prioritária dos riscos, não são normas punitivas, sancionatórias ou que tenham qualquer juízo de censura ou de culpa, aos accionistas e outros credores, nem adoptam qualquer castigo ou pena para uma tal conduta.

Vejamos.

Considerando o *supra* exposto e bem assim a análise efectuada ao regime da resolução, não vislumbra o Tribunal em que medida a matéria relacionada com a resolução bancária tem um pendor sancionatório ou punitivo, que acarrete a submissão de todo o procedimento administrativo de resolução às “garantias do processo criminal” constitucionalmente previstas no artigo 32.º da Constituição.

Conforme já *supra* se mencionou, aquando da entrada em vigor do RGICSF, em 1993, foram contempladas normas relativas ao saneamento, conforme resulta do Título VIII, artigos 139.º e segs, do referido regime, que foram precedidas da Lei de Autorização Legislativa, a Lei n.º 9/92, de 3 de Julho, que tinha como fito primordial, consagrar um “novo tipo de ilícito criminal, que consistia no exercício não autorizado da actividade de recepção de depósitos, ou outros fundos reembolsáveis, do público” (cfr. artigo 1.º) e ainda “a tipificar como contra-ordenações as infrações às regras reguladoras do sistema de crédito e do funcionamento dos mercados monetário e financeiro, incluindo a constituição, funcionamento e actividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras, podendo para o efeito adaptar o regime jurídico geral das contra-ordenações, o seu processo e as sanções aplicáveis, fixados no Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro, às características e circunstâncias particulares das contra-ordenações atrás referidas”.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Do exposto pode concluir-se que o legislador, Assembleia da República, consagrou e autorizou o governo a legislar sobre o regime de saneamento e recuperação das instituições de crédito, nos domínios da sua reserva relativa de competência legislativa, em ambiência de direito penal e sancionatório.

Contudo, analisado esse mesmo regime de saneamento, e em concreto, a extensão da autorização desse regime, verifica-se que ainda que determinadas normas, como por exemplo, a da *“imposição da suspensão ou da destituição de dirigentes da empresas”*, pudessem representar e assemelhar-se a típicas penas consagradas num regime sancionatório, não se vislumbra que o seu fim coincida com as desses ramos de direito, seja penal ou contra-ordenacional, pois que, nesses ramos, subjazem fins de prevenção geral e especial, bem como fins repressivos, fins estes que não são compatíveis com um regime de saneamento, no qual tais normas surgem com fins relacionados com a recuperação ou normalização das instituições de crédito ou as sociedades financeiras em dificuldade, sem qualquer intuito punitivo, preventivo ou repressivo associado.

E se o regime de saneamento, que já vinha da primeira versão do RGICSF, não tinha nada a ver com qualquer ramo de direito sancionatório, muito menos a resolução bancária encerra qualquer fim de natureza penal, contra-ordenacional ou sancionatória, pois que todo o regime de resolução é algo que remete, não para uma qualquer intenção do legislador em punir ou sancionar, mas sim, em consagrar uma ordenação natural creditícia em razão das concretas características dos diversos tipos de intervenientes no processo de resolução e das posições que estes ocupam voluntariamente, com motivações de natureza pública, tais como o regular funcionamento do sector bancário, designadamente no papel fundamental do funcionamento e desenvolvimento da economia e promoção do bem-estar dos cidadãos, na óptica do acesso ao crédito, à continuidade e estabilidade dos serviços de pagamentos e à protecção dos depositantes, que em nada tocam na lógica dos fins de prevenção geral e especial ou da retribuição da culpa, que subjazem a todo e qualquer direito sancionatório, nos quais entram juízos de culpa, nos seus diversos graus.

Em suma, não é o desvalor jurídico da gestão que leva à posição dos accionistas nas normas supra referidas, mas sim a necessidade de se prever um regime de liquidação



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

alternativa com a inerente hierarquia creditícia, que como vimos, nem sequer difere do processo de liquidação geral.

Nestes termos, sem necessidade de mais considerações, por despiciendas improcede o fundamento.

Da falta de fundamentação da deliberação da medida de resolução

Vem ainda invocada, por ambos os autores, ainda que de forma não isolada ou especificada, a falta de fundamentação da medida de resolução, na medida em “a mesma não foi devidamente justificada, mas apenas vagamente e de forma muito geral e abstracta” desconhecendo-se “as razões que levaram o Banco de Portugal a postergar as vias alternativas, apenas se encontrando da sua parte meras alegações genéricas para a tomada da concreta decisão”;

Por sua vez o Banco de Portugal, defende que o que pretendem os autores é uma “fundamentação da fundamentação” o que não é exigível, no quadro legal do dever de fundamentação.

Ora, adiante-se já, assiste total razão ao Banco de Portugal.

Conforme o enquadramento jurídico realizado a propósito da falta de fundamentação da deliberação de 22 de Julho de 2014, repete-se aqui que o dever de fundamentação da decisão administrativa consiste na enunciação de forma expressa das premissas fácticas e jurídicas em que a mesma assenta, visando, desta feita, impor à Administração que pondere, antes de decidir, contribuindo para uma mais esclarecida formação de vontade por parte de quem tem essa responsabilidade para além de permitir ao administrado seguir o processo intelectual que a ela conduziu.

Para se atingir aquele objectivo basta uma fundamentação sucinta, mas importa que seja clara, concreta, congruente e que se mostre contextual, pelo que se terá a fundamentação do acto administrativo como suficiente se, no contexto em que foi praticado e atentas as razões de facto e de direito nele expressamente enunciadas, forem capazes ou aptas e bastantes para permitir que um destinatário normal apreenda o *iter* cognoscitivo e valorativo da decisão administrativa em causa.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

F., analisada a deliberação que aplicou ao BES uma medida de resolução, verifica-se que a mesma se funda na expressa fundamentação vertida nos seus 19 “Considerandos” que consistem, nas razões de facto e de direito, que estiveram na base da aplicação da medida de resolução, que bem evidenciam o *iter* cognoscitivo e valorativo do Banco de Portugal, naquele caso concreto, verificando-se que fundamentou suficientemente.

Entenda-se que, o dever de fundamentação não exige a prolixidade e o esgotamento factual e jurídico, de todas as circunstâncias e opções que estavam ao alcance da entidade administrativa, ou seja, não tinha o Banco de Portugal que expressar as razões que o “levaram a postergar as vias alternativas à resolução”, até porque da sua fundamentação, resulta bem claro que inexistam outras que não a solução final de liquidação.

Neste sentido, seria absolutamente inútil e completamente ilusório a fundamentação de uma suposta ponderação de todas as soluções alternativas possíveis e imaginárias, se essas soluções não se mostravam sequer ponderáveis à data da tomada da decisão.

Como bem invoca a entidade demanda em sede de alegações, do que doutamente se deixou escrito no Acórdão do TCAN, no Proc. n.º 01606/07.2BEPRT, de 04-03-2016 *“a fundamentação, conforme dita o artigo 125º do CPA deve ser “sucinta”, o que significa que deve conter os fundamentos determinantes da decisão tomada e nada mais. Exemplificando, não deve conter a motivação desses fundamentos (fundamentação da fundamentação) nem, muito menos, os fundamentos negativos, isto é, os fundamentos das soluções abandonadas. Sob pena de, enredada em pormenores inúteis, a fundamentação perder aquela qualidade de “sucinta” que com bons motivos a lei impõe, apenas para criar injustificadamente novas perplexidades. Diz a Recorrida, citando um acórdão deste TCAN, que a fundamentação deve permitir “compreender sem incertezas, qual o caminho seguido”. Prosseguindo nessa metáfora, acrescenta-se que não há que fazer as curvas de um caminho pelo qual não se seguiu. Por outras palavras, não há necessidade de ponderar os argumentos pertinentes a uma linha de raciocínio prejudicada pela solução adoptada”*.

Nestes termos, e face à fundamentação que se encontra na deliberação impugnada, improcede a alegada falta de fundamentação.



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

*

Face ao *supra* decidido e pelas soluções dadas às questões *decidendas* em análise nos presentes autos, considera-se prejudicada a análise de qualquer outro argumento ou questão reportado à deliberação do Banco de Portugal de 3 de Agosto de 2014, bem como à deliberação de 11 de Agosto de 2014, cuja invocação de ilegalidade vem invocada de forma derivada ou consequente das anteriores deliberações em causa nos presentes autos.

*

De todo o exposto, improcedem todos os fundamentos das presentes acções constituídas pelos proc. n.º2586/14.3BELSB e 2808/14.0BESLB.

*

IV- DISPOSITIVO

Em face de todo o exposto e nos termos *supra* referidos, acordam os juízes deste Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa **em julgar a presente acção administrativa especial totalmente improcedente, com a consequente absolvição da entidade demandada do pedido.**

Custas pelos autores e autora, em partes iguais, a considerar nos respectivos processos – artigo 527.º e artigo 530.º, ambos do CPC, aplicável *ex vi* artigo 1.º do CPTA (este último artigo quanto ao regime de coligação em que se encontram os autores do proc. n.º2586/14.3BELSB);

Valor da causa – 30.000,01 euros

Registe e notifique.

Lisboa, 12 de Março de 2019



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

(Relator)

Guida Jorge

Teresa Almeida

Elza Sousa

Cláudia Costa Leão

Ana Maria

Yana Carolina Duarte

Quaresma de Freitas

Carlos Funes



S. R.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

João António

Elisabete Cunha

Amélia Quinta Nova

Cláudia Luísa da Costa

Jorge Guilherme de Almeida

José de Jesus