



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

**A Resolução Bancária e o Saneamento das Instituições de Crédito.
Uma Mudança de Paradigma.**

Maria do Rosário de Carvalho Lira Ferreira Soares Gonçalves

Dissertação submetida como requisito parcial para a obtenção do grau de

Mestre em Direito das Empresas

Orientador:

Doutor Luís Fernando Pimentel de Oliveira Vasconcelos Abreu
Especialista na área temática da dissertação

Outubro 2015

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Luís Vasconcelos Abreu pela sua rigorosa orientação e apoio constante.

Ao Prof. Manuel Pita pela sua coordenação do mestrado de Direito das Empresas.

À Dra. Elisa Ferreira pela sua ajuda desde a primeira hora e por ter contribuído com o seu texto para o enriquecimento deste trabalho.

Ao Dr. Jorge Brito Pereira pelos seus conselhos e indicações.

Ao meu marido, companheiro de sempre e pilar essencial de toda a minha formação académica. Sem ele não seria possível.

Aos meus filhos, Ricardo e Beatriz, pelas horas perdidas, a paciência e o carinho.

À minha mãe por me ter sempre incentivado a ultrapassar os desafios constantes e por me guiar em todas as horas.

Ao meu pai porque está sempre presente em tudo o que faço.

À Inês pela ajuda final.

Ao António Luís Marinho e ao Ricardo Andrade pela amizade e companheirismo num momento de mudança que alimentou ainda mais a vontade que tenho de fazer sempre melhor.

E a todos os que ajudaram na pesquisa para este trabalho, em particular à biblioteca do ISCTE e à biblioteca do Banco de Portugal.

OBRIGADA.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

RESUMO

O presente trabalho pretende mostrar os diferentes mecanismos que existem para promover o saneamento de uma instituição de crédito e como foram evoluindo num contexto nacional e internacional, em função das crises financeiras que afetaram as economias dos diferentes países.

Assim, numa primeira parte, analisamos o contexto económico e financeiro que conduziu às crises financeiras de 2007 e 2011 e as medidas tomadas pelos Estados para evitar que o colapso de determinados bancos, alguns com muito peso no mercado, provocassem uma crise sistémica.

Neste âmbito abordaremos as mudanças legislativas levadas a efeito pelos Estados Unidos e como influenciaram as legislações europeias, nomeadamente a *Bank Recovery and Resolution Directive*.

E isto para explicar como se passou de uma situação de “*bail-out*” para “*bail-in*”.

E como se chegou à resolução bancária como corolário dessa mudança de paradigma: os custos do fracasso bancário devem ser pagos por acionistas e credores e não pelo contribuinte em geral.

O saneamento das instituições de crédito tem vários mecanismos ao dispor. Neste trabalho vamos comparar esses mecanismos (capitalização com recurso a capitais privados, capitalização com recurso a capitais públicos, nacionalização, insolvência e resolução bancária) para colocar em evidência as suas vantagens e desvantagens, sempre tendo por objectivo mostrar as consequências de cada opção a tomar, nomeadamente com exemplos concretos.

Palavras-chave:

Bail in, Resolução, Accionistas, Contribuintes.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

ABSTRAT

This paper aims at showing the several mechanisms that exist to promote the financial reorganisation of a financial institution and how these mechanisms evolved in the national and global context, in regards to the financial crisis that gravely impacted the economies of multiple countries.

Therefore, firstly, we set forth to analyse the economic and financial context responsible for the financial crisis of 2007 and 2011 and the measures put in action by the States in order to avoid the collapse of certain banks, some with great expression in the financial market, and the event of a systemic crisis.

In this regard we will address the legislative measures taken to effect by the United States of America and how they deeply influenced the European laws, namely, the *Bank Recovery and Resolution Directive*. All of this to explain how we have evolved from a status quo of *Bail Out*, to *Bail In*.

Moreover, we will address how we have reached the bank resolution as corollary of that change in paradigm: the costs of bank failure must be paid by the shareholders and creditors and not by the tax payer, in general.

The financial reorganisation of the financial institutions has several mechanisms at its disposal. In this paper we will compare these mechanisms (capitalisation resorting to private capital, capitalisation resorting to public capital, nationalisation, insolvency and bank resolution), to shed some light on the different advantages and flaws of them, always at showing the consequences of every option chosen, namely, resorting to actual case studies.

Keywords:

Bail In, Resolution, Shareholders, Taxpayers.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	1
2. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DA CRISE FINANCEIRA	3
2.1. TO BIG TO FAIL.....	5
2.2. MUDANÇAS LEGISLATIVAS NOS EUA.....	6
3. BAIL OUT E BAIL IN. AS SOLUÇÕES LEGISLATIVAS	12
3.1 BANK OF SCOTLAND. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO	12
3.1.1. A LEGISLAÇÃO BRITÂNICA. ALTERAÇÕES	15
3.2. O DEXIA. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO	17
3.2.1 LEGISLAÇÃO BELGA. ALTERAÇÕES.....	19
3.2 O BANKIA. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO.....	21
3.2.1. A LEGISLAÇÃO ESPANHOLA. ALTERAÇÕES	22
4. OS MECANISMOS PARA SANEAR INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO COM INSUFICIÊNCIA DE CAPITAL.....	25
4.1 CAPITALIZAÇÃO COM RECURSO A FUNDOS PRIVADOS.....	26
4.2 CAPITALIZAÇÃO COM RECURSO AO INVESTIMENTO PÚBLICO	32
4.2.1. EXEMPLOS. A CGD E O BPI, BCP E BANIF	39
4.3. NACIONALIZAÇÃO. O CASO BPN.....	44
4.4. INSOLVÊNCIA. O CASO DO BPP.....	51
5. A RESOLUÇÃO. UMA MUDANÇA DE PARADIGMA.....	57
5.1. A BDDR – BANK RECOVERY AND RESOLUTION DIRECTIVE	63
5.2. O BES. UMA EXPERIÊNCIA DE RESOLUÇÃO	71
6. CONCLUSÃO	90
7. BIBLIOGRAFIA.....	93
8. ANEXO A.....	99
9. ANEXO B	102

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

GLOSSÁRIO DE SIGLAS:

ABS - *Asset Backed Securities*

APS – *Asset Protection Scheme*

BCP – Banco Comercial Português

BdE – *Banco Central Espanhol*

BFA – *Banco Financiero de Ahorros, S.A.*

BP – Banco de Portugal

BPI – Banco Português de Investimento

BRRD - *Bank Recovery and Resolution Directive*

CGD – Caixa Geral de Depósitos

FDIC - *Federal Deposit Insurance Corporation*

FED - Reserva Federal Americana

FROB – Fundo de Reestruturação Ordenada Bancária

FSA - Financial Services Authority

FSB – *Financial Stability Board*

FSOC - *Financial Stability Oversight Council*

FSMA - *Autorite des Services et Marchés Financiers*

IREF – Iniciativa de Reforço para a Estabilidade Financeira

MUR - Mecanismo Único de Resolução

OTS - *Office of Thrift Supervisor*

RGICSF - Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

SIFI - *Systemically Important Financial Institutions*

SRR - *Special Resolution Regime*

SPF - *Service Public Fédéral*

TARP - *Troubled Asset Relief Program*

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

TBTF - *To Big To Fail*

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

“Friends,

For too long, we have been told, that the invisible hand regulates markets, that we cannot
tame financial markets.
But we can - and we must!
We can regulate and supervise banks.
We can separate retail banking from speculation.
We can break the toxic link between bank debt and state debt.
We can stop dangerous speculation that is putting our economy at risk.
In five years I want to be able to say to the citizens who had to bail out banks: It will never
happen again, we have made banks safe.”

Martin Schulz, presidente do Parlamento Europeu

Discurso proferido no congresso do Partido Socialista Europeu, em Roma, no dia 1 de março de 2014

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

1. INTRODUÇÃO

Para salvar o sistema financeiro e a economia do colapso da banca, entre Outubro de 2008 e outubro de 2011, os governos da União Europeia injetaram dinheiro público nos bancos e deram garantias numa escala sem precedentes: 4,5 triliões de euros.

Na apresentação da proposta de Diretiva sobre Recuperação e Resolução Bancária (*Bank Recovery and Resolution Directive – BRRD*), Michel Barnier, comissário Europeu do Mercado Interno dizia o seguinte: “A crise financeira custou aos contribuintes muito dinheiro. A proposta que hoje apresentamos, insere-se no quadro de compromisso estabelecido no âmbito do G20 para melhorar a supervisão financeira. Temos de apetrechar as autoridades públicas dos meios adequados para poderem enfrentar de forma adequada as futuras crises bancárias. Se não for assim, mais uma vez serão os cidadãos a pagar a fatura, enquanto os bancos resgatados seguem tranquilamente como dantes, sabendo que serão novamente financiados”.

Em 2007, o mundo despertou para um dilema: Quando os Estados injetam dinheiro público num banco para evitar a sua falência, conseguem no curto prazo resolver o problema do contágio financeiro e as eventuais consequências para a economia mas, no médio e longo prazo, a medida vai sobrecarregar as finanças do Estado e os bolsos dos contribuintes. Então o que fazer? Num primeiro momento, os Estados não tiveram opção nem escolha e avançaram com dinheiro público para salvar a banca, num segundo momento, começaram a trabalhar em legislação para obrigar acionistas e credores a pagar a fatura do colapso.

Entendeu-se que quem beneficiou é quem deve pagar.

Esta foi a mudança de paradigma.

A comparação entre os vários mecanismos disponíveis para proceder ao saneamento das instituições financeiras, os exemplos colocados em prática em diferentes instituições bancárias de diferentes países permitirá, no decurso deste trabalho, aferir as diferenças e perceber melhor qual esta mudança.

A BRRD define resolução “como a reestruturação de um banco por uma autoridade de resolução, feita através da utilização de instrumentos de resolução, tendo em vista assegurar a continuidade das suas funções críticas, a preservação da estabilidade financeira e a restauração da viabilidade de parte da instituição enquanto as partes restantes são entregues ao processo de insolvência normal”.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Desde logo aqui se percebe, como diria a professora Seraina Neva Grunewald¹, que afinal a resolução bancária é uma insolvência especial, feita à medida dos bancos.

A resolução supostamente ocorre antes de um banco entrar em insolvência; a resolução é levada a efeito por uma autoridade administrativa e não pelos tribunais como acontece com a insolvência; uma resolução corretamente levada a efeito, deve decorrer durante um fim-de-semana, e não durante meses, ou anos, como acontece com a insolvência.

Este regime excecional justifica-se porque, muitas vezes, estão em causa instituições cujo colapso representa um risco sistémico, com consequências muito graves para a economia dos países.

Mas, para além de explicar as diferenças da resolução relativamente à insolvência, este trabalho pretende ajudar a compreender cada um dos mecanismos para lidar com instituições de crédito com insuficiência de capital, como a capitalização, com fundos privados e com fundos públicos e a nacionalização.

Logo em 2007, a crise financeira levou os Estados, em conjunto e em separado, a tomarem medidas de prevenção e de supervisão mais apertadas. Ao longo das próximas páginas vamos recuperar as razões da crise e as soluções legislativas encontradas nos Estados Unidos e na Europa, destacando casos concretos de bancos que, por razões diferentes, deixaram marcas na economia dos seus países.

Focaremos em particular o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e a Diretiva da Recuperação e Resolução Bancária, com um olhar crítico e particular para a proteção de depositantes, acionistas e credores, na defesa dos princípios da Igualdade e da Proporcionalidade.

¹ GRUNEWALD, Neva Seraina, *The Resolution of Cross-Border Banking Crise in the European Union. A legal Study from the Perspective of Burden Sharing*, in *International Banking and Finance Law Series*, volume 23, pag. 14, Wolters Kluwer.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

2. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DA CRISE FINANCEIRA

As crises financeiras de 2007 e 2011 obrigaram os Estados Unidos e a União Europeia a colocarem um travão à deriva bancária que existia. Foi preciso:

- .(i) Perceber as razões da crise;
- .(ii) Evitar que os bancos com risco sistémico entrassem em rotura, com injeção de fundos públicos: “*Too Big to Fail*”;
- .(iii) Criar nova legislação² para reforçar os poderes de supervisão e para atuar com rapidez na resolução de uma instituição significativa em rotura;

Começemos por enquadrar a crise e/ou as crises.

Duas crises financeiras, a crise de 2007, ou crise do *subprime* e a crise de 2011, ou crise das dívidas públicas, conduziram a União Europeia para a resolução bancária, como forma de evitar que os contribuintes continuassem a pagar o preço do colapso dos bancos.

Foi um longo processo, feito de avanços e recuos, de ações de emergência, de estudos e de muita partilha entre experiências nacionais e globais.

Diferentes fatores registados, simultaneamente, a nível macro e micro, contribuíram para a crise de financeira de 2007.

Nos EUA, após a Grande Depressão dos anos 30, começou a registar-se uma tendência para a desregulação do mercado. Investidores e banqueiros começaram a operar em terrenos financeiros que desconheciam sem conseguirem perceberem a verdadeira dimensão das consequências. Martin Wolf chama mesmo a este processo, liberalização³.

A crise de 2007 nos EUA eclodiu com chamada “bolha imobiliária”. A política monetária levada a efeito pelo FED (Reserva Federal Americana) com o aumento da moeda em circulação e a criação de produtos financeiros para o mercado imobiliário, foram ingredientes bastantes para ajudar ao colapso financeiro.

² O *Financial Stability Board* (FSE) publicou os *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, que foram acolhidos pelo G20, na cimeira de Cannes. *Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, aprovada pelo Presidente no dia 21 de Julho de 2010. A Diretiva Recuperação e Resolução Bancárias (DRRB) e o Regulamento relativo ao Mecanismo Único de Resolução (MUR).

³ WOLF, Martin, *Fixing Global Finance: How to Curb Financial Crises in the 21st Century*, Yale University Press (2009), at 29.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

“Em 2000, a taxa diretora estava nos 6.5% mas o risco de inflação, a bolha dos *dot-com* e os ataques terroristas de 11/9 levaram o FED a baixar a taxa para 1%, em 2003”⁴.

As taxas de juro baixas, facilitavam a concessão de mais crédito com *spreads* muito baixos e que correspondiam a uma falta de rigor na avaliação do risco.

O segmento *subprime* foi o que mais se desenvolveu. Os empréstimos eram concedidos com uma taxa muito inferior ao normal mas passados dois anos essas taxas eram convertidas noutras mais elevadas e as famílias deixavam de ter capacidade para cumprir.

Associa-se a este fenómeno a chamada inovação financeira que permitiu aos bancos retirarem dos seus balanços os créditos concedidos. As carteiras de crédito passaram a ser agrupadas de acordo com o nível de risco e vendidas a um veículo de investimento para a conversão em títulos transacionáveis. Os instrumentos criados apresentavam um elevado nível de complexidade relativamente ao risco e a maior parte dos investidores o que fez foi confiar nas agências de *rating*⁵.

Segundo o economista Paul Krugman, a inovação financeira e a falta de controlo permitiu a criação do chamado “sistema bancário sombra”, referenciado aliás por vários autores que estudam esta matéria. Krugman atribuiu o colapso do sistema bancário a este “sistema bancário sombra”, composto por bancos de investimentos e empresas gestoras de *hedge funds* que não estavam sujeitas às mesmas regras dos bancos comerciais⁶.

Em 2008, nos EUA, de acordo com o *Federal Deposit Insurance Corporation*, mais de 25 bancos faliram tendo sido adquiridos ou os seus depósitos assumidos por outras instituições. Um processo que continuou, registando-se a existência, no final de 2010, de 300 bancos nesta situação⁷.

Em 2010, o Banco de Itália⁸ publicou um “*paper*” sobre as lições a tirar da crise financeira e apontou como fatores que conduziram à crise financeira: as mudanças estruturais

⁴ Cruz, Luísa Oliveira, Maio 2011, ISCTE, Impacto da Crise de Crédito numa ação preferencial: O caso de uma emissão do Royal Bank od Scotland.

⁵ Cruz, Luísa Oliveira, Maio 2011, ISCTE, Impacto da Crise de Crédito numa ação preferencial: O caso de uma emissão do Royal Bank od Scotland.

⁶ Krugman, Paul, “End This Depression Now”, WW Norton & Co, 2012.

⁷ CAMARA, Paulo; TAVARES, Bryan, 2012 United States Regulatory Developments in Banking Law, pág 535, O Novo Direito Bancário

⁸ DE VINCENZO, Alessio, FRENI Maria Alessandra, GENERALE Andrea, ALTIMARI Sergio Nicoletti, QUAGLIARIELLO, Mario, Banca de D'Italia, Number 76, Dezembro 2010, Questioni di Economia e Finanza, Lessons learned from the financial crisis for financial stability and banking supervision, pág. 6.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

introduzidas no sector financeiro antes da crise; a subestimação do risco; os prazos de vencimento e o risco de liquidez.

2.1. TO BIG TO FAIL

Identificadas as causas da crise é preciso perceber porque é que os bancos mereceram especial atenção dos Estados, ao ponto de utilizarem o dinheiro dos contribuintes para salvar os acionistas da falência.

A primeira reação dos governos para evitar danos sistémicos foi ajudar financeiramente as instituições de crédito, as chamadas *Systemically Important Financial Institutions* (SIFI) assente do princípio “*To Big To Fail*” (TBTF).

Pode até parecer discriminatório porque é que os Estados ajudam os bancos e não ajudam uma empresa, mas a verdade é que, como refere a professora Seraina Neva Grunewald, os bancos são “especiais”⁹. Mas porque é que os bancos são especiais? O facto de os bancos serem especiais resulta das funções específicas que desempenham na economia e das vulnerabilidades a que essas funções podem conduzir. Determinadas ações de determinados bancos podem interferir com outros e com a economia em geral. É esta situação que obriga as autoridades a desenvolverem uma ação reguladora e muitas vezes a salvarem os bancos do seu fracasso.

João Santos, vice presidente do *Federal Reserve Bank of New York* e professor catedrático convidado da Nova School of Business and Economics, numa entrevista à Associação Portuguesa de Bancos, define risco sistémico como “o risco de colapso do sistema financeiro, ou do colapso de pelo menos uma parte importante do sistema financeiro e não apenas de uma ou duas instituições financeiras, com implicações negativas significativas para a economia do país”. Acrescenta ainda este professor na referida entrevista que “a globalização aumentou a importância do risco sistémico porque veio alargar o conjunto de fatores que podem dar origem ao risco sistémico. Este risco passou a poder resultar não só de problemas internos ao país mas também de acontecimentos vindos do exterior, como assistimos nos últimos anos com a crise do *subprime* ou a crise da dívida soberana”.

No decurso da crise, os Estados definiram um conjunto de indicadores que podem permitir aferir o risco sistémico de determinado banco ou de um grupo de bancos. Um dos

⁹ GRUNEWALD, Neva Seraina, *The Resolution of Cross-Border Banking Crise in the European Union. A legal Study from the Perspective of Burden Sharing*, in *International Banking and Finance Law Series*, volume 23, Wolters Kluwer.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

principais tem sido a sua complexidade e dimensão. Um indicador que, nalguns casos, como mais à frente vamos ver, foi um obstáculo a uma rápida avaliação e atuação das autoridades.

Foi este risco sistémico que conduziu à intervenção das autoridades tendo por base o conceito “*Too Big To Fail*”. Seraina Neva Grunewald lembra como os bancos estão muitas vezes demasiado preocupados em correr riscos para ganhar dinheiro, sem se preocuparem com o sistema financeiro no seu todo. Foi esta postura que no passado deixou as autoridades nacionais sem grandes alternativas, obrigando-as a salvarem bancos à beira do colapso total porque a sua falência, fruto da sua dimensão, complexidade e conectividade, poderiam ter graves consequências na economia.

Não houve em muitos casos outra alternativa que não fosse o Estado intervir no banco e partilhar esse custo com todos os contribuintes.

Mas a lição saiu cara e por isso, a legislação que foi nascendo como consequência da crise, apertou a malha da supervisão e passou a estar assente em exigências que obrigaram os bancos a pensarem duas vezes antes de assumir riscos que podem por em causa a economia, ou economias nacionais, porque afinal, os bancos, não estão sozinhos no sistema.

É neste sentido que se enquadra, por exemplo, a obrigação dos bancos passarem a ter planos de recuperação e submeterem todas as alterações à supervisão.

É esta consciência que acaba por estar na base da resolução bancária, como forma de fazer com que acionistas e credores que partilham os lucros, também partilhem as perdas e os riscos de decisões erradas.

2.2. MUDANÇAS LEGISLATIVAS NOS EUA

Os Estados Unidos da América (EUA) foram o primeiro país a cair na crise e o primeiro a criar legislação para sair dela e acautelar soluções para situações futuras.

Nos EUA, antes de 1994, os bancos estavam proibidos de operar entre Estados. Com o fim desta proibição, os pequenos bancos começaram a ganhar outra dimensão e transformaram-se, rapidamente, em enormes instituições financeiras, com uma oferta variada à disposição dos clientes e um papel determinante na economia dos EUA, de tal forma que o seu colapso provocaria, como aliás aconteceu nalguns casos, graves danos na economia do país.

Quando estas instituições começaram a apresentar problemas, sem outra solução e perante a urgência da situação, o governo é chamado a intervir, com dinheiros públicos, os chamados “*bail-out*”.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Através do *Emergency Stabilization Act* de 2008 é criado um fundo de resgate, o *Troubled Asset Relief Program* (TARP), com dinheiros do Estado, para evitar a insolvência das instituições bancárias. Mas, para além das verbas destes fundos, outras instituições, as tais com risco sistémico, as tais to “*big to fail*”, como o Citigroup e o Bank of America, receberam ajudas diretas do Estado.

Passado o primeiro momento, rapidamente se percebeu que este sistema de resgate não chamava à colação, acionistas e credores que acabavam até por beneficiar das injeções públicas de dinheiro.

Começa então a ser pensado o mecanismo da resolução bancária que se foi desenvolvendo em dois níveis. A nível internacional e com carácter preliminar, através dos *Key Attributes* (KA), publicados pelo *Financial Stability Board* (FSB) que trataram de harmonizar a regulamentação existente. A nível comunitário, com a Diretiva de Recuperação e Resolução Bancárias (DRRB), em vigor desde janeiro de 2015 e que teve por base os postulados do KA do FSB.

Os Estados Unidos foram mais rápidos na criação de soluções e a União Europeia seguiu o exemplo.

Após o colapso desgovernado do Lehman Brothers, em 2008, o G20 nas reuniões que efectuou em Pittsburg, Toronto e Seul, solicitou ao FSB (criado em 1999 para coordenar a nível internacional o trabalho das autoridades nacionais encarregues da estabilidade financeira e das organizações internacionais de reguladores e supervisores e desenvolver políticas regulatórias gerais) a fixação de princípios básicos que permitissem a resolução ordenada das instituições financeiras sistémicas, as SIFIS (*Systemically Important Financial Institution*).

Na sequência deste pedido, em Outubro de 2011, o FSE publicou os *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, que foram acolhidos pelo G20, na cimeira de Cannes.

Os *Key Attributes* define:

- a) As características essenciais para estabelecer um sistema de resolução eficaz que garantisse uma operação ordenada, sem que se verificasse uma rotura sistémica grave, mantendo as funções económicas essenciais que os bancos prestam à economia e ao sistema financeiro. Um sistema que permitia não expor os contribuintes a perdas e com a garantia de que os acionistas e credores suportariam os custos.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

- b) As características e os poderes que deve possuir uma verdadeira autoridade administrativa e de resolução.
- c) Determina a necessidade de todas as instituições terem planos de recuperação, planos que devem incluir todos os países envolvidos, quando as entidades financeiras possuem atividades transfronteiriças, uma forma de partilhar custos.

Tal circunstância ficou a dever-se ao facto de os Estados Unidos rapidamente terem percebido que uma das principais causas da crise foi a deficiente regulação financeira que permitiu comportamentos irresponsáveis de instituições chave no sistema financeiro e que com facilidade se colocavam fora do perímetro regulatório.

No Verão de 2009, o Tesouro norte-americano publicou o documento:

Financial Regulation Reform: a new foundation. Um documento que avançava já com as principais mudanças que deveriam ser levadas a efeito.

No final de 2009, o Congresso norte-americano aprovou uma proposta de nova legislação:

A Wall Street Reform na Consumer Protection Act.

E em Maio de 2010, o Senado aprovou a sua própria proposta designada por *Restoring American Financial Stability.*

Foi da combinação destas duas propostas e de outras, fora das duas câmaras que surgiu a proposta final conhecida por *Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, aprovada pelo Presidente no dia 21 de Julho de 2010.

Uma legislação que esteve na base da diretiva sobre o mesmo assunto, ou seja, a DRRB e o Regulamento relativo ao Mecanismo Único de Resolução (MUR).

A legislação norte americana contemplou, nomeadamente, a chamada *Volcker Rule* (nome do antigo presidente do FED que avançou com a proposta para acabar com a chamada prática de “*proprietary trading*”, ou seja o uso de recursos próprios do banco para a realização

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

de transações de risco, apostas especulativas, em ações, títulos e derivados financeiros¹⁰) mas não incluiu uma outra proposta que existia na altura e que previa a criação de um imposto especial aplicado às entidades sistémicas, para recuperar os custos dos apoios financeiros suportados pelos contribuintes.

O *Dodd Frank Act* introduz mudanças regulatórias para reparar os efeitos da crise económica.

- 1) No preâmbulo define desde logo os objetivos: promover a estabilidade financeira dos Estados Unidos, através de uma maior responsabilidade e transparência do sistema financeiro; criar normas para evitar a criação de entidades “*too big to fail*”; proteger os contribuintes americanos dos custos do resgate de entidades financeiras e proteger os consumidores das práticas abusivas¹¹.
- 2) Cria vários novos organismos, numa tentativa de concentrar mais as funções regulatórias e redesenhar as competências de outros. A proteção da estabilidade financeira e a proteção dos consumidores estavam dispersas por diversas agências à escala federal e estatal.¹²
- 3) As grandes alterações em matéria de regulação e supervisão acontecem sobretudo ao nível da Reserva Federal que ganha poderes e limites para evitar eventuais discricionariedades no apoio às entidades financeiras.¹³

¹⁰ MUNEVAR, Daniel, Un pequeno recordatorio de parte de J P Morgan: La importancia de la Volcker Rule, disponível em http://cadtm.org/spip.php?page=imprimer&id_article=7987#nb1

¹¹MOTA, Emiliano Gonzalez e SEVILLANO, Jose Manuel Marques, Dodd Frank Wall Street Reform: Um cambio profundo em el sistema financier de Estados Unidos, disponível em <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/10/Nov/Fic/ref0519.pdf>

¹²O mais relevante passa a ser o *Financial Stability Oversight Council* (FSOC).

No entanto, é também criado o *Office of Financial Research*, com o propósito de apoiar o FSOC na recolha e processamento de dados e ainda o *Consumer Financial Protection Bureau*, para a proteção dos consumidores.

É eliminado o *Office of Thrift Supervisor* (OTS), responsável pela supervisão das entidades mutualistas. As competências deste supervisor passam para a Reserva Federal e para o *Office of the Comptroller of the Currency*, organismo da FSOC.

¹³A atuação da Reserva Federal foi muito contestada e chegou-se mesmo a ponderar a possibilidade de ficar apenas com a competência da política monetária, passando a funções de supervisão e regulação para outro organismo.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

- 4) A Reserva Federal e o *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) podem recomendar ao Tesouro que intervenha nas entidades financeiras em risco de falência e cuja falência a acontecer, sujeita aos prazos normais dos tribunais, poderia criar riscos para a estabilidade financeira.¹⁴
- 5) Outro aspeto que o *Dodd Frank Act* tenta acautelar ou evitar é a acumulação de riscos excessivos. A definição de entidade sistémica, no caso das instituições não bancárias, é feita pelo Conselho de Estabilidade Financeira¹⁵.
- 6) Intensifica-se a supervisão das entidades consideradas sistémicas que passam a estar em primeiro lugar sob a responsabilidade da Reserva Federal e em segunda instância da FDIC, que assume o papel de administrador em caso de resolução.
- 7) São criadas regras específicas que definem níveis de capital, liquidez, concentração de riscos.
- 8) Passam a realizar-se testes de stress, duas vezes por ano, pela entidade bancária e uma vez por ano pela Reserva Federal. Os bancos ficam obrigados a elaborar planos

Passa a incluir no seu organograma a Agência de Proteção do Consumidor que, no entanto, ganha autonomia. Passa a existir um novo vice-presidente, responsável pela supervisão das entidades financeiras. Um cargo de nomeação do presidente e que fica obrigado a apresentar-se ao Congresso duas vezes por ano. Para evitar a discricionariedade, os financiamentos extraordinários só são permitidos com base num programa autorizado previamente pelo Tesouro. Todas as ajudas concedidas são posteriormente auditadas pelo Estado. Os presidentes das reservas federais de cada Estado deixam de ser eleitos por representantes da banca.

¹⁴ Para limitar o risco das entidades consideradas sistémicas é criado um procedimento especial de resolução, em alternativa à liquidação com base na insolvência.

Nos Estados Unidos a maior parte dos bancos estão integrados em holdings. É a holding que normalmente realiza as emissões de dívida necessárias ao financiamento. Em caso de falha é feita uma distinção para efeitos de apoio. A entidade bancária é intervencionada pelo *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), enquanto a holding fica sujeita ao regime normal de insolvência. Isto significa que as decisões ficam sujeitas aos prazos dos tribunais que nem sempre se compadecem com a urgência da economia, obrigando o Estado a intervir para evitar instabilidade financeira.

Nestes casos, o Tesouro nomeia o FDIC como interveniente, outorgando-lhe competências idênticas às que tem em caso de resolução. Durante o processo, o FDIC pode concretizar diferentes tipos de ajuda. Para isso acontecer os detentores de dívida não garantida assumem as perdas e os gestores do banco são destituídos. É criado um fundo para a chamada liquidação ordenada, para o qual contribuem em função do seu nível de risco as entidades financeiras com mais de 50 mil milhões de dólares em ativos do grupo consolidado. Este fundo não precisa de estar previamente constituído. Os contributos são feitos depois da intervenção.

¹⁵ Igual ou superior a 50 mil milhões de dólares.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

de resolução (*living wills*) que são sujeitos à aprovação da Reserva Federal e da FDIC.

- 9) As entidades sistémicas passam a estar obrigadas a notificar a Reserva Federal, com a devida antecedência, sempre que se envolvam na aquisição de entidades com mais de 10 mil milhões de dólares em ativos.¹⁶

Neste último aspeto, o *Dodd Frank Act* assimila a chamada *Volcker Rule*. Não no sentido de reduzir o tamanho dos bancos mas antes de condicionar os processos de aquisição no futuro.

A *Volcker Rule* tem por objetivo evitar que as entidades possam usar indiscriminadamente a proteção dos depósitos para incrementar o nível de risco em que incorrem, com o objetivo de obter maior rentabilidade para os seus gestores e acionistas. Para evitar estas práticas estabelece-se que as entidades bancárias não podem realizar operações por conta própria (*proprietary trading*) nem apadrinhar *hedge funds*, ou fundos de capital de risco.

Do presente capítulo é possível concluir o seguinte:

.(i) A existência de um “sistema bancário sombra” que foi crescendo por via da chamada engenharia financeira e aproveitando as fraquezas da regulação esteve na origem a crise financeira de 2008.

.(ii) A crise financeira de 2008 acentuou a noção de risco sistémico e obrigou os Estados a apertarem a malha da supervisão.

.(iii) As *Systemically Important Financial Institutions* era *to big to fail* e por isso, num primeiro momento, os Estados foram obrigados a resgatar os bancos do colapso financeiro com recurso a capitais públicos.

.(iv) Os Estados Unidos, onde a crise começou, rapidamente perceberam que o Estado não poderia continuar a ser a “companhia se seguros” da banca. Nasce assim a *Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*.

¹⁶ Com esta decisão pretende-se proibir as aquisições que suponham que uma entidade pode acumular mais de 10 por cento dos passivos agregados do sector financeiro americano e limita-se a concentração de riscos das entidades sistémicas com as suas filiais.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

(v) Com o *Dodd Frank Act* criam-se normas para evitar a criação de *instituições too big to fail*, concentram-se e intensificam-se as funções regulatórias e responsabiliza-se o sistema financeiro pelo colapso financeiro. Os Estados Unidos conseguiram criar um mecanismo para poder atuar com rapidez quando a situação o exige e evitar riscos sistêmicos com graves penalizações económicas;

.(vi) O “*bail-out*” a que estado de emergência obrigou deu lugar ao “*bail-in*”

3. BAIL OUT E BAIL IN. AS SOLUÇÕES LEGISLATIVAS

Na Europa, o exemplo norte-americano foi acompanhado com atenção e para além das propostas das instituições da EU, individualmente, os Estados foram adotando soluções legislativas, com regimes especiais para a resolução bancária.

Tal como aconteceu nos Estados Unidos, também na Europa se sucederam os casos de bancos resgatados pelos Estados, com dinheiros públicos, para evitar o colapso da própria economia. No capítulo que se segue damos três exemplos (poderiam ser muitos mais), apresentando as soluções legislativas encontradas pelos países, na sequência das situações que tiveram de enfrentar. Os três exemplos têm particularidades diferenciadoras.

Notas essenciais para o acompanhamento deste capítulo:

.(i) O Royal Bank of Scotland (BS) foi um dos que registou debilidades na sequência da crise de *subprime* nos EUA;

.(ii) O Dexia é o exemplo de um banco obrigado a duas intervenções diferenciadas, no início da crise em 2008 e depois em 2012, na sequência da crise das dívidas públicas, tendo ainda a particularidade de ser uma instituição que obrigou em simultâneo à intervenção de três Estados;

.(iii) O Bankia que resultou da fusão de sete caixas de poupança em plena crise e que um ano depois de ser criado estava a ser nacionalizado, num país que pediu assistência financeira externa.

3.1 BANK OF SCOTLAND. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

Em 2008, em plena crise, o governo britânico foi obrigado a resgatar três instituições financeiras e o RBS foi uma delas.

Existiam três opções: insolvência, venda a privados ou nacionalização.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Em Fevereiro de 2008, o Northern Rock foi nacionalizado, recorrendo a legislação de emergência através do *Banking (Special Provisions) Act 2008*.

O Royal Bank of Scotland foi recapitalizado e posteriormente o Governo criou um *Asset Protection Scheme*, um seguro que permitia garantir perdas até 90 por cento e fazer com que os bancos voltassem a emprestar criando liquidez na economia.

Caminho idêntico foi seguido para caso do HBOS/Lloyds Banking Group.

Mas olhemos, em concreto, para o caso do Royal Bank of Scotland, o banco com maior número de empréstimos no mundo, em 2008.

O grupo que criou o Royal Bank of Scotland foi fundado em 1727. Na origem do grupo estiveram bancos como o Royal Charter do Rei George I, o National Westminster Bank e o Ulster Bank da Irlanda, cuja existência remonta a 1650.

O grupo era responsável pela emissão das notas em circulação e foi o primeiro banco do mundo, em 1728, a disponibilizar aos seus clientes o crédito autorizado em conta (*overdraft*). Em 1857, adquiriu o Western Bank e, em 1864, o Dundee Banking Company.

Em 1970, tornou-se o principal banco escocês, com mais de 700 agências, após a fusão com o National Commercial Bank of Scotland.

Em 2000, o grupo adquiriu o NatWest por 21 mil milhões de libras, a maior aquisição da história da banca inglesa. O grupo passou a ter 20 milhões de clientes, 400 mil milhões de libras de ativos e 110 mil empregados.

A estratégia de crescimento continuou com a aquisição da rede regional do Mellon Bank e do Chapter One, nos EUA, em 2004. Em 2005, assinou um acordo estratégico de investimento com o Bank of China e, em 2007, em consórcio com o Banco Santander e a Fortis decidiu adquirir o ABN Amro, por 71 mil milhões de euros.

Foi a decisão de risco que ditou o princípio do fim do banco.

Esta opção tomada no fio da navalha e as aplicações suicidas no mercado *subprime*, ditaram o fim do banco tal como existia e obrigaram a uma intervenção do Governo britânico.

Em abril de 2008, o banco ainda tentou ir pela via da capitalização mas não foi suficiente. A operação de aumento de capital foi à data uma das maiores efetuadas na Europa. Foram emitidas 11 novas ações por cada 18 existentes, colocadas ao preço de 2 libras. O esforço pedido aos investidores foi de 15 mil milhões de euros. Simultaneamente, o banco teve de alienar alguns ativos e reduzir os postos de trabalho.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Em agosto desse ano são conhecidos os resultados do primeiro semestre de 2008 e pela primeira vez na sua história, o segundo maior banco britânico apresenta um prejuízo líquido de quase 6 bilhões de libras.

Em outubro, o governo britânico vê-se obrigado a resgatar o banco para evitar o contágio e o seu colapso. No final do processo, o governo britânico investiu 45,5 bilhões de libras, dinheiro dos contribuintes.

Foi o maior resgate a nível mundial.

No dia 3 de outubro de 2008, o Governo britânico anunciou a recapitalização do RBS mas também do HBOS e do Lloyds TSB. Um plano que incluiu também a libertação de capital para o sistema financeiro, para garantir empréstimos interbancários. De acordo com o plano, o RBS ficava impedido de pagar dividendos aos seus acionistas até 2010, altura em que terminaria a recompra das ações preferenciais do Estado.

Pode ler-se no relatório e contas do banco de 2008: “Durante 2008, por duas vezes o Grupo procurou capital adicional dos acionistas que permitisse resistir ao ambiente muito difícil e para atingir os rácios de capital mais elevados que os mercados agora exigem. Na segunda ocasião, o aumento de capital foi subscrito pelo governo do Reino Unido que, em novembro, se tornou no acionista maioritário do Grupo¹⁷.”

Em novembro de 2008, é aprovado numa assembleia extraordinária, um aumento de capital de 20 bilhões de libras (23,5 bilhões de euros). Noventa e nove por cento dos acionistas votaram a favor da proposta. Ficou decidido emitir ações ordinárias no valor de 15 bilhões de libras (17,7 bilhões de euros) que seriam oferecidas a todos os acionistas, e 5 bilhões em ações preferenciais a comprar pelo governo britânico.

Na verdade, o que aconteceu foi que a maioria dos acionistas não quis saber dos 15 bilhões de libras em títulos oferecidos por 65,5 pence. Apenas 0,24 dos papéis foram adquiridos.

O governo britânico viu-se obrigado a ficar com o capital.

O relatório da FSA (a autoridade dos serviços financeiros britânica) atribuiu o colapso do RSB a más decisões. O presidente do banco, Fred Goodwin, demitiu-se em outubro de 2008.

¹⁷ Relatório e Contas Anuais 2008, RBS – The Royal Bank of Scotland Group, disponível em: http://www.bportugal.pt/pt-PT/BdP%20Contas%20Oficiais/FT0254_D090914_H170150-0254-CAC-200812-CAC.pdf

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Em janeiro de 2009, o governo britânico vê-se obrigado a lançar um segundo plano de resgate direcionado para os bancos mas com o objetivo de introduzir liquidez no mercado. Nessa altura anuncia um aumento da sua participação no RBS de 58% para 70%, através da conversão de ações preferências em ordinárias.

A 3 de novembro de 2009 é criado o APS – *Asset Protection Scheme*. O programa foi definido pelo Tesouro inglês com o objetivo de restabelecer a confiança do mercado e teve o acordo da Comissão Europeia. O Tesouro inglês ficou responsável por cerca de 90 por cento do total das perdas.

3.1.1. A LEGISLAÇÃO BRITÂNICA. ALTERAÇÕES

Neste processo há duas leis que importa destacar:

- a) O *Banking Act*, de 21 de fevereiro 2008, uma legislação especial e temporária que permitiu ao Governo nacionalizar o Northern Rock.
- b) O *Banking Act*, 21 de fevereiro de 2009 e que revogou a anterior.

Antes de 2008, o Reino Unido não tinha um regime jurídico permanente que lhe permitisse efetivamente resolver o problema do colapso financeiro de um banco e, por isso, 2007 e 2008 foram para as autoridades britânicas anos de análise do problema e preparação de uma legislação definitiva.

O *Banking Act* de 2008 deu ao Tesouro poder para promover a resolução de um banco, tendo em vista a manutenção da estabilidade financeira e a proteção do interesse público.

Foram criadas as seguintes medidas de apoio à banca:

- a) o Banco de Inglaterra criou uma linha especial de acesso à liquidez no valor de 200 milhões de libras (*Bank of England's Special Liquidity Scheme*);
- b) o governo injetou 37 milhões de libras nos três maiores bancos, através da compra de ações e constituiu uma garantia a favor dos bancos, mediante a emissão de 250 bilhões de títulos de dívida.

O *Banking Act* 2009 (lei bancária) deu outros poderes às autoridades (Governo, *Financial Services Authority* – FSA e Tesouro). O regime especial de resolução (*Special Resolution Regime* – SRR) adoptado pelo *Banking Act* de 2009 consagrou três opções para a estabilidade do sistema:

- a) A transferência para um privado;

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

- b) a transferência para um “banco ponte”;
- c) a transferência temporária para o sector público.

O *Banking Act 2009* definiu um conjunto de regras gerais a aplicar em todas e a cada uma das opções para estabilizar o sistema.

Ficou consagrado que os poderes de estabilização só podem ser exercidos quando: O banco deixa de ter capacidade para satisfazer as suas obrigações enquanto entidade regulada e considerando o tempo e as circunstâncias não se vislumbra possível que o banco tome medidas que permitam afastá-lo da situação limite em que se encontra.

Para além destas condições, o *Banking Act* de 2009 estabeleceu outras condições específicas a observar consoante a solução encontrada: Entre essas condições específicas está a proteção do interesse público. Considera-se interesse público a manutenção da estabilidade do sistema financeiro e da confiança do público no sistema de estabilização e a proteção dos depositantes.

Refere-se, no entanto, que estes aspetos devem encontrar-se verdadeiramente ameaçados, em estado crítico.

O preço que o Reino Unido e os contribuintes tiveram de pagar foi grande de mais e a rejeição desse custo acentuou-se quando se ficou a saber que o Royal Bank of Scotland, resgatado com dinheiro público, tinha estado envolvido no esquema de manipulação da taxa interbancária Libor.

Rejeitando o princípio “*too big to fail*”, o Governo criou uma comissão bancária independente, liderada por um economista de renome, John Vickers, que apresentou o seu relatório no final de 2012, com o objectivo de endurecer as regras de controlo dos bancos e evitar que fossem os contribuintes a pagar o colapso dos bancos.

O relatório Vickers, como ficou conhecido, propôs:

- a) A separação da atividade comercial da de investimentos para proteger os ativos dos particulares em caso de crise. Ou seja, a separação da banca de retalho da banca de investimento (*ring-fencing*) e a criação de “almofadas” maiores de capital para os bancos, já na linha de Basileia III.
- b) Com o relatório surge também uma nova arquitetura da regulação, com a *Financial Services Authority* a ser substituída por duas novas entidades, uma responsável por garantir a solidez do sistema financeiro e outra para supervisionar a relação entre as instituições e os clientes.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Estas alterações ficam contempladas no *Financial Services Act 2013 (Banking Reform Act¹⁸)*.

A reforma introduziu a possibilidade de estabilização através de “*bail-in*”, ou seja, a garantia de que em caso de colapso, investidores e credores da instituição em rotura pagam os custos do falhanço, em vez dos contribuintes ¹⁹.

Como veremos mais à frente a diretiva sobre a reforma do sector bancário teve em conta as reformas Vickers no Reino Unido, as regras Volcker nos Estados Unidos, a Loi de separation et de regulation des activites bancaires, em França e a Trennbankengesetz alemã²⁰.

3.2. O DEXIA. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

A crise financeira na Bélgica no domínio bancário centrou-se em três casos: o KBC, o Dexia e o Fortis.

O grupo Dexia nasce, em 1996, com a fusão do Crédit Local de France com o Crédit Communal de Belgique.

O Dexia especializou-se na concessão de empréstimos às autoridades locais mas tinha também 5,5 milhões de clientes privados, principalmente na Bélgica, Luxemburgo e Turquia.

As dificuldades do banco começam em 2007, com a crise do *subprime* a afectar a sua filial americana, a FSA.

Em 2008, Bélgica, França e Luxemburgo são obrigados a intervir no banco Dexia através de um recapitalização que ascendeu aos 6 mil milhões de euros. A Bélgica ficou com 60,5 por cento dos ativos tóxicos, a França com 36,5 e o Luxemburgo com 3 por cento.

Uma operação de emergência de apoio à liquidez (*liquidity assistance*) e de garantia sobre determinados elementos do passivo. A atuação dos Estados foi considerada pela Comissão Europeia como um auxílio de emergência.

A 26 de fevereiro de 2010, avançou o plano de reestruturação do Dexia e a conversão dos auxílios de emergência, em auxílios à reestruturação.

Mas o plano de reestruturação não chegou a surtir o efeito desejado e o Dexia foi o primeiro banco europeu vítima da chamada crise das dívidas soberanas.

¹⁸GOTTLIEB, Cleary, 18 february 2014, Alert Memorandum, UK Enacts Banking Reform act 2013, disponível em <http://www.cgsh.com>

¹⁹HM Treasury, Bail-in powers implementation, disponível em [www.gov.uk.Bail-inpowers](http://www.gov.uk/Bail-inpowers) implementation.

²⁰Special Resolution Regime Introduced in UK: Powers and Saveguards, Annex 17, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/200911/annex17.en.pdf

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

No dia 28 de Dezembro de 2012, a Comissão Europeia aprovou o desmantelamento do Dexia, uma resolução ordenada, proposta pela Bélgica, França e Luxemburgo²¹.

França e Bélgica detinham, nesta altura, 94 por cento do capital do Dexia.

Face ao risco de desaparecimento imediato do banco, Bélgica, França e Luxemburgo decidiram desmantelar o banco.

A resolução ordenada incluiu a cessão das entidades vendáveis do grupo e a gestão com vista à liquidação de todas as outras entidades e ativos do banco.

Na decisão da Comissão Europeia sobre os auxílios estatais, refere-se que o agravamento da crise das dívidas soberanas levou a uma crise de confiança dos investidores relativamente às contrapartes bancárias, impedindo-as de obter o financiamento suficiente.

Estando particularmente sujeito a uma sobre-exposição ao risco soberano e para soberano, o Dexia ficou sujeito a uma desconfiança ainda maior por parte dos investidores.

Os ativos do Dexia incluíam numerosos empréstimos e obrigações de países e coletividades locais e regionais, situadas em países considerados de risco pelo mercado, como Grécia, Portugal e Espanha. A crise das dívidas não deu tempo ao banco para concluir o seu plano de reestruturação e o perfil de risco de liquidez deteriorou-se, tornando o grupo mais vulnerável do que os outros bancos europeus, devido à falta de confiança no mercado.

As necessidades de financiamento aumentaram devido à descida das taxas de juro durante o verão de 2011, mas não só. As emissões obrigacionistas venceram numa altura em que as condições de mercado para refinar essas obrigações não eram as melhores, a qualidade creditícia dos ativos e o seu valor no mercado baixou e os investidores perderam a confiança, sobretudo depois das agências de notação baixarem o *rating*. Acresce a tudo isto um levantamento massivo de depósitos.

O plano inclui garantias estatais no valor de 85 mil milhões de euros e uma injeção de capital de 5,5 mil milhões de euros.

O conselho de administração do banco aprovou o desmantelamento do banco em três estruturas. O governo belga assumiu 100 por cento das atividades de retalho com um custo de 4 biliões de euros.

²¹ Disponível em EUR-Lex [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014D0189\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014D0189(01))

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

3.2.1 LEGISLAÇÃO BELGA. ALTERAÇÕES

A trave mestra da regulação bancária da Bélgica assentava numa lei de 22 de Março de 1993 sobre o estatuto e o controlo dos estabelecimentos de crédito que foi sofrendo várias alterações, à medida das necessidades impostas pelos diferentes acontecimentos.

A 25 de Abril de 2014 entrou em vigor na Bélgica a Lei bancária.

A lei antecipou desde logo os princípios da resolução bancária, à semelhança do que tinha ficado previsto na Diretiva de 15 de abril de 2014.

Alterações impostas pela Lei Bancária:

- a) A lei bancária passa a impor aos órgãos de administração dos bancos a elaboração de um plano de reestruturação, considerando vários cenários. Um plano para restabelecer a viabilidade financeira do banco, em caso de dificuldade, sem efeitos negativos no sistema financeiro (artigo 115º)²².
- b) É criada a autoridade de resolução, composta por responsáveis do BNB (Banco Central Belga), pelo presidente da FSMA (*Autorite des Services et Marchés Financiers*), responsáveis do SPF (*Service Public Fédéral*) de Finanças, um magistrado e 4 pessoas designadas pelo Rei. Esta Autoridade passa a ter a responsabilidade de adotar um plano de resolução para cada instituição de crédito.
- c) Refere, ainda, a lei que a partir de 2016, com a entrada em vigor da diretiva BRRD, as situações de risco da banca passam a ser resolvidas por decisão da autoridade de resolução com o contributo dos acionistas e credores do banco em dificuldades (“*bail-in*”) sem intervenção pública (“*bail-out*”). Um sistema que surgiu na sequência da crise cipriota, em Março de 2013.
- d) A lei proíbe que as instituições de crédito que gerem depósitos realizem diretamente, ou através das suas filiais, uma atividade de negociação por conta própria, no quadro do seu portfolio de negociação (*proprietary trading*).
- e) Considerando também que muitos dos problemas da crise financeira de 2008 resultaram de erros de gestão, a Lei Bancária belga impôs aos órgãos de administração várias regras de conduta, nomeadamente uma limitação das funções externas que podem exercer e responsabilizou-os pelo nível de tolerância ao risco da instituição.

²² Neste sentido, a lei determina que o primeiro plano deveria estar pronto 15 meses após a entrada em vigor da lei e que seria avaliado pela autoridade de controlo com poderes para introduzir alterações no plano de reestruturação.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

- f) A lei consagrou a estrutura de fundos próprios divididos em core tier 1 e tier 2 e a criação até 2019 de uma almofada com fundos próprios para as instituições de importância sistémica mundial e doméstica²³.

Até chegar a este ponto, vale a pena referir algumas alterações introduzidas pela legislação belga, a partir da lei 1993, que a legislação de 2014 veio alterar, e que reforçou as regras em matéria de fundos próprios e introduziu regras de transparência que passaram a obrigar a banca a participar no sistema de proteção de depósitos. O controlo da solvabilidade, liquidez e rentabilidade passou dos revisores para a Comissão Bancária.

Em 2004, com base nesta comissão bancária nasce a CBFA (*Commission Bancaire Financiere et des Assurances*) responsável pela supervisão e controlo de quase todo o sistema financeiro.

Em 2008, as instituições de crédito são convidadas a estabelecer os seus “*memorandus de governação*” com a descrição das suas estruturas de gestão. E na sequência da crise de 2008, o Governo chamado a resolver os problemas da banca, põe um ponto final na liberdade bancária com a separação entre bancos de depósitos e bancos de investimento, num regresso ao regime que existia em 1934.

Em 2010, o legislador introduz um artigo que permite ao Estado adotar todos os atos de disposição que considere necessários (cessão, venda...) assim que o risco de insolvência de um banco possa por em causa a estabilidade financeira.

E em 2011, na sequência da crise financeira de 2008, a estrutura de supervisão é alterada profundamente com a introdução do modelo de controlo bipolar (*twin peaks*). O controlo micro prudencial do sector financeiro passa para o Banco Central Belga que já detinha o controlo macro prudencial. A CBFA transforma-se em FSMA, a autoridade para os serviços e mercados financeiros.

Em Julho de 2013, o Banco Nacional Belga publicou um relatório, a pedido do governo belga, sobre as reformas bancárias estruturais a levar a efeito na Bélgica. O relatório partia do pressuposto da existência de um risco acrescido ao permitir a convivência das atividades da banca comercial com a banca de investimento.

A esta circunstância não é alheio o facto de o início da elaboração do relatório, em 2012, ter coincidido com a realização de reformas estruturais também nos Estados Unidos, com base no relatório Volcker e, no Reino Unido, com o projecto Vickers que preconizou a

²³ La Nouvelle Loi Bancaire, Eubelius, disponível em <http://www.eubelius.com/fr/spotlight/la-nouvelle-loi-bancaire>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

retirada dos bancos de todas as atividades de investimento e a sua realização por uma entidade jurídica distinta. É também nesta altura, que o grupo de peritos nomeado pela Comissão Europeia e liderado por E. Liikanen, publica o seu relatório, um compromisso entre a proposta dos EUA e do Reino Unido.

3.2 O BANKIA. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

O Bankia nasceu a 30 de Julho de 2010, resultado da integração de sete caixas de aforro, algumas delas já em dificuldades financeiras: a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, Caja de Ahorros de Valencia, Castellon Y Allicante, Caja Insular de Ahorros de Canarias, Caja de Ahorros e Monte de Piedad de Ávila, Caixa d'Estalvis Laietana, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia e Caja de Ahorros de la Rioja.

Esta operação foi feita com recurso a um empréstimo de 4.465 milhões do Fundo de Reestruturação Ordenada Bancária (FROB).

Na sequência desta fusão, foi criada a Sociedad Central del SIP, com o nome de Banco Financiero de Ahorros, S.A. (BFA). A partir de 1 de Janeiro de 2011, o Bankia, S.A. passou a ser uma entidade do Grupo Banco Financiero Y de Ahorros. No perímetro de consolidação encontravam-se 385 sociedades que se dedicavam a atividades diversas, desde os seguros à gestão de ativos imobiliários, passando claro pelo financiamento.

O Bankia entrou na bolsa em Julho de 2011 e, Maio de 2012, menos de meio ano depois, estava a ser resgatado pelo Estado²⁴.

O Governo espanhol assumiu o controlo do Bankia, um dos maiores bancos do país, naquela que foi a oitava nacionalização de um banco em Espanha desde o início da crise. O Bankia foi a instituição que mais ajudas públicas recebeu no âmbito do processo de reestruturação do sector financeiro que o Estado levou a efeito, a partir de 2009.

Sem ter conseguido recuperar dos efeitos da bolha imobiliária e com perdas históricas, o Bankia recebeu mais 19 biliões de euros, quase metade do total do resgate bancário europeu de 41,3 biliões de euros.

No total, entre 2010 e 2012, o Bankia recebeu do Estado 23.465 mil milhões de euros. A nacionalização do banco tornou-se irreversível. O financiamento assumiu o carácter de uma ajuda direta apenas recuperável com a venda do banco.

²⁴ Site do Bankia disponível em <http://www.bankia.com/es/quienes-somos/sobre-nosotros/origen/>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

No dia 9 de Maio de 2012, o Governo anunciou que iria tomar o controlo do Bankia, transformando em participações a dívida de 4.465 milhões de euros, contraída em dezembro de 2010 com o Estado. Esta operação foi realizada através de um empréstimo público feito junto do FROB (*Fondo de Reestructuración Ordenada Bancária*). Na altura, o Estado considerou ser esta a única alternativa, uma vez que não podia deixar colapsar um banco que nesse momento representava 10 por cento do sistema financeiro espanhol. Ao salvar o banco, o governo espanhol estava a salvar o país de um resgate global da sua economia.

Após esta operação, o FROB (que nasceu na sequência da intervenção do governo - 800 milhões de euros - na Caixa Castela La Mancha) assumiu o controlo do banco.

No entanto, 400 mil pequenos acionistas que investiram no Bankia sofreram grandes perdas²⁵.

3.2.1. A LEGISLAÇÃO ESPANHOLA. ALTERAÇÕES

A crise da Caja Castilla-La Mancha, em 2008, colocou em evidencia as deficiências do regime jurídico espanhol na gestão das crises bancárias. As disposições legais que regulam esta matéria estavam dispersas por vários diplomas, dificultando a sua aplicação.

Em Junho de 2009, através da Real Decreto Lei 9/2009 de 26 de junho é criado o *Fundo de Reestruturação Ordenada Bancária* (FROB), para servir de mecanismo de resolução e de fundo de capitalização para as instituições de crédito.

Esta legislação já previa:

- a) A possibilidade do FROB ser designado pelo BdE (Banco Central Espanhol) como administrador provisório da entidade de crédito em risco;
- b) A adopção de medidas de apoio financeiro, como a concessão de garantias, tendo em vista facilitar os processos de fusão ou de transferência para entidades solventes, ou o trespasse parcial ou total do negócio para outra entidade;
- c) A adopção de medidas de gestão para melhorar a organização e os procedimentos e controlo interno das entidades em risco.

A lei permitia, nomeadamente, no caso das caixas de aforro, a possibilidade de conferir aos administradores nomeados pelo FROB, a competência para decidir emitir acções

²⁵ PEREZ, Sérgio, Reuters, Bankia inicia privatização dois anos depois do seu resgate , disponível em Exame.com, <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/bankia-inicia-privatizacao-dois-anos-depois-de-seu-resgate>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

ordinárias e estabelecia que as acções participativas adquiridas pela FROB, concederiam direitos económicos e políticos proporcionais à sua participação no património nascido da entidade. Foram estas normas que permitiram ao fundo assumir o controlo das assembleias gerais das caixas de aforro em crise, um controlo imprescindível para levar a efeito modificações estruturais necessárias para proceder à venda a terceiros. Foi desta forma que, por exemplo, a Cajasur foi vendida.

Fruto de outras crises, cedo o governo espanhol percebeu que os poderes de supervisão deveriam ser ampliados.

Através do Real Decreto Lei 11/2010 de 9 de Julho, as caixas passaram a ter a possibilidade de desenvolver a actividade bancária de forma indirecta através de um banco instrumental, mediante a cessão dos seus ativos e passivos e sem perder a sua condição de instituição de crédito. Esta possibilidade a que muitas caixas recorreram, permitia ao FROB, através da substituição dos administradores, tanto ao nível do banco como da caixa, assumir o controlo.

O Estado com estas reformas estava melhor preparado para resolver as crises no sector bancário mas, ainda existiam aspectos a descoberto que as leis seguintes procuraram resolver.

O plano de assistência financeira à Espanha veio obrigar a isso mesmo.

O Memorando de Entendimento sobre as Condições de Política Setorial Financeira obrigou a Espanha a melhorar o sistema de resolução, com base no FROB e a clarificar as responsabilidades financeiras do FROB e do Fundo de Garantia de Depósitos.

É neste contexto que surge a Lei 9/2012, uma legislação que passa a atribuir ao FROB os poderes próprios das autoridades de resolução, de uma forma ampla e sem precedentes em Espanha.

A Lei 9/2012 define varias etapas para a gestão da crise:

- a) A fase de actuação prévia, quando se prevê que uma instituição de crédito vá entrar em incumprimento mas ainda com capacidade de pelos seus meios regressar aos rácios de cumprimento previstos em materia de solvência, liquidez e controlo interno;
- b) A fase de reestruturação (encontram-se nesta fase as entidades que requerem apoio público para garantir a sua viabilidade mas que se sabe terão capacidade para reembolsar esse apoio através de meios próprios);
- c) A fase de resolução. Considera-se necessário avançar com esta última possibilidade quando a instituição de crédito é inviável e não é previsível que de forma razoável

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

venha a sê-lo no futuro ou/e quando por razões de interesse público não seja conveniente a abertura de um processo de insolvência.

Para a resolução é nomeado pelo FROB um administrador provisório que apresenta um plano de resolução ao Banco Central de Espanha.

São quatro os instrumentos de resolução possíveis (artigo 25º):

- a) Venda do negócio;
- b) Transmissão de activos e passivos para um banco ponte (*bridge bank*);
- c) Transmissão de activos e passivos para uma sociedade de gestão de activos (*bad bank*);
- d) Apoio financeiro aos compradores, ao banco ponte e à sociedade de gestão dos activos, quando seja necessário pôr em prática as medidas de resolução.

Em caso de venda, não há necessidade de consentimento dos acionistas, como que se neutraliza o direito de oposição dos credores, caso haja cessão de activos e passivos. Também no caso da constituição de um banco ponte, os poderes atribuídos ao FROB permitem que as transmissões de activos e passivos se realizem sem necessidade de autorização dos acionistas e sem que os credores se possam opôr à transmissão.

Apesar de cada um destes instrumentos ser explicado em diferentes artigos da lei, a verdade é que podem e são muitas vezes utilizados conjuntamente. Ou seja, o mais comum é que antes da venda de um banco, os activos problemáticos sejam transferidos para uma sociedade de gestão de activos (*bad bank*) e que seja necessário o apoio financeiro do FROB para facilitar a venda do banco bom.

Podemos neste capítulo concluir o seguinte:

.(i) As crises financeiras na Europa permitiram verificar como o sistema de supervisão a nível prudencial deveria ser exercido de outro modo e com uma malha mais apertada. Alguns bancos europeus, como aqueles que aqui trouxemos, a título de exemplo, levaram o nível de tolerância de risco a um patamar sem retorno e que deu origem a instituições de grande dimensão, sem capacidade para suportar uma crise de confiança dos mercados. Tornou-se clara a necessidade *ring fencing*, como aliás o relatório Vickers, no Reino Unido propõe.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

.(ii) Numa primeira fase, todos os Estados europeus assumiram com dinheiro público o controlo dos bancos para evitar o risco sistémico. Os contribuintes pagaram a fatura; O Royal Bank of Scotland, o Dexia e o Bankia são exemplos disto mesmo.

.(iii) Numa segunda fase, por antecipação ou em simultâneo com as discussões que estavam a acontecer nas instituições europeias, todos os Estados alterarem as suas legislações para poder adoptar (ou melhorar) a resolução como uma alternativa e criar mecanismos que permitissem sustentar esta opção. Os acionistas e credores foram chamados a pagar o colapso dos bancos;

.(iv) A crise financeira provou igualmente a necessidade de criar um quadro regulatório comum que permitisse aos Estados cooperarem entre si na resolução de bancos com filiais em vários países.

No próximo capítulo pretende-se, face ao exposto, analisar os mecanismos para lidar com instituições de crédito com insuficiência de capital.

4. OS MECANISMOS PARA SANEAR INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO COM INSUFICIÊNCIA DE CAPITAL

O saneamento das instituições de crédito pode ser feito de várias formas com diferentes consequências:

- (i) Recurso a fundos privados;
- (ii) Capitalização com recurso ao investimento público;
- (iii) Liquidação judicial;
- (iv) Nacionalização;
- (v) Resolução.

Neste capítulo vamos analisar todas as soluções, deixando para capítulo autónomo a resolução pela importância que reveste no contexto deste trabalho.

Para cada uma das soluções será definida a noção, o âmbito de aplicação, a capacidade de iniciativa, as vantagens e desvantagens, o regime jurídico aplicável e exemplos de situações concretas de aplicação.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

4.1 CAPITALIZAÇÃO COM RECURSO A FUNDOS PRIVADOS

A capitalização com recurso a fundos privados consiste num aumento de capital social da instituição junto do mercado financeiro através de uma oferta pública de subscrição.²⁶

A iniciativa e a responsabilidade pelo recurso a fundos privados é da inteira competência da instituição e dos seus acionistas.

Contudo, pode surgir por recomendação do Banco de Portugal. O que regulador não pode fazer é recusar um aumento de capital.

Normalmente o Banco de Portugal exerce essa recomendação ao abrigo da sua competência regulamentar, prevista no artigo 99º, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF):

“Compete ao Banco de Portugal definir, por aviso, as relações a observar entre as rubricas patrimoniais e estabelecer limites prudenciais à realização de operações que as instituições de crédito estejam autorizadas a praticar, em ambos os casos quer em termos individuais, quer em termos consolidados”.

O Banco de Portugal emite:

- a) Recomendações gerais
- b) Recomendações específicas

Em 2011, antes mesmo da assinatura do programa de assistência financeira a Portugal, o Banco de Portugal emitiu um aviso (Aviso 1/2011), recomendando um reforço de capital a certas instituições financeiras.

O Banco de Portugal no uso das competências previstas no artigo 17º, da Lei Orgânica do Banco de Portugal e no nº1 do artigo 99º do RGICSF deu indicações aos grupos financeiros sujeitos à supervisão para reforçarem até 31 de dezembro de 2011, os rácios Core Tier 1, em base consolidada para um valor não inferior a 8%.

Cerca de um mês depois, na sequência da negociação do Programa de Assistência Financeira, o Banco de Portugal revogou este aviso, através de um outro (Aviso 3/2011)²⁷ elevando os rácios core tier 1, em base consolidada, para um valor não inferior a 9% até 31 de dezembro de 2011 e para 10% até dezembro de 2012.

²⁶ Mecanismos para lidar com instituições de crédito com insuficiência de capital, disponível em <https://www.bportugal.pt/PT/OBancoeoEurosistema/IntervencoesPublicas/Documents/intervpub20141117-2C.pdf>

²⁷É possível consultar o aviso em:

<http://www.bportugal.pt/sibap/application/app1/docs1/avisos/textos/3-2011a.pdf>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

O Banco de Portugal justifica esta decisão com a negociação do referido Programa de Assistência Financeira e a necessidade acordada de reforçar os níveis de capitalização do sistema bancário nacional, “nomeadamente a necessidade de reforçar a resiliência do sistema bancário a choques adversos e de acompanhar os níveis mais exigentes que estão a ser estabelecidos no plano internacional”, numa referência, nomeadamente, às regras de Basileia III.

Esta recomendação do Banco de Portugal foi uma recomendação geral para toda a banca.

No entanto, o Banco de Portugal também pode no mesmo sentido fazer recomendações específicas a um determinado banco para que proceda a um aumento de capital.

Foi o que aconteceu com o aumento de capital feito pelo BES em Junho de 2014. Em fevereiro, o Banco de Portugal enviou uma carta ao BES a exigir o reforço do capital. A esta carta a Administração do banco respondeu com a proposta de um reforço de 750 milhões de euros. Na resposta, o vice-presidente do Banco de Portugal, Pedro Duarte Neves, fixava um prazo de 5 dias para que o BES apresentasse as necessárias medidas de capitalização do banco, de modo a assegurar o *ring fencing*, face aos problemas do Grupo Espírito Santo (GES) e reiterava a necessidade de um aumento de capital de pelo menos 750 milhões e a venda de 49% do BES Vida. O aumento de capital foi justificado pela necessidade de potenciar a vantagem competitiva na recuperação da economia portuguesa e criar reservas adicionais de capital. O *cash cal* do BES foi anunciado a 15 de maio e concluído a 11 de junho²⁸.

A 30 de Julho de 2014, o Banco de Portugal fez nova recomendação de aumento de capital ao BES, sendo que esta última não se chegou a concretizar, uma vez que a 3 de agosto foi anunciada a opção pela resolução.

Nesse dia, o Conselho de Administração do Banco de Portugal na sequência de uma reunião extraordinária²⁹ emitiu um comunicado onde anunciava ter determinado “a realização de um aumento de capital por parte do BES, incumbindo a sua administração de apresentar um plano de capitalização cuja execução permita, a curto prazo, o reforço dos fundos próprios para níveis adequados de solvabilidade”.

²⁸ VICENTE, Isabel, Aumento do capital do BES totalmente subscrito, disponível em <http://expresso.sapo.pt/aumento-de-capital-do-bes-totalmente-subscrito=f875118>

²⁹ Comunicado do Banco de Portugal sobre a aplicação da medida de resolução do BES, SA, disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ComunicadoseNotasdeInformacao/Paginas/comb20140803.aspx>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

No ponto sete deste comunicado, o Banco de Portugal referia ainda considerar desejável que o reforço de capital fosse realizado com base em soluções de mercado e lembrava que a solidez da instituição estava salvaguardada pelo facto de continuar disponível a linha de recapitalização pública, criada no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira, para suportar eventuais necessidades de capital do sistema bancário, matéria que entra no âmbito do mecanismo de capitalização com recurso a investimento público que abordaremos mais à frente.

Neste comunicado, o Banco de Portugal justificava a necessidade de capitalização do BES com factos supervenientes que punham em causa o cumprimento dos rácios mínimos de solvabilidade vigentes.

Pode ler-se no ponto dois do comunicado o seguinte: “De acordo com a informação hoje divulgada, as perdas resultantes da exposição ao GES, apuradas e reconhecidas nas demonstrações financeiras referentes a 30 de junho de 2014, mantiveram-se dentro dos limites antecipados e em conformidade com a provisão de 2 mil milhões de euros que o Banco de Portugal determinou que fosse constituída para esta exposição. No entanto, factos supervenientes, identificados pelo auditor externo apenas na segunda quinzena de julho e com um impacto negativo de cerca de 1,5 mil milhões de euros, vieram alterar substancialmente o valor das perdas a reconhecer na conta de resultados no primeiro semestre, pondo em causa o cumprimento dos rácios mínimos de solvabilidade vigentes”.

No caso exposto, o Banco de Portugal atua no sentido de recomendar a capitalização com fundos privados:

- a) no âmbito da sua competência regulamentar para garantir a solvabilidade das instituições financeiras e;
- b) no âmbito da supervisão prudencial e comportamental.

A decisão da capitalização cabe à assembleia geral da instituição de crédito em causa ou ao seu órgão de administração, se tiver sido previamente autorizado para o efeito.

Salvo disposições próprias previstas nos estatutos, a convocatória da Assembleia Geral segue as normas previstas para as Sociedades Anónimas no Código das Sociedades Comerciais.

Neste mesmo sentido, por exemplo, o Conselho de Administração do Montepio propôs a realização de uma assembleia geral para aumento do capital institucional da Caixa Económica Montepio Geral. A convocatória foi feita a 7 de dezembro de 2011 pelo presidente da Mesa da Assembleia Geral para o dia 22 de dezembro de 2011. A assembleia geral

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

aprovou o aumento de capital até 150 milhões de euros. O aumento de capital foi feito através de dotação do Montepio Geral Associação Mutualista que tem atualmente cerca de 500 mil associados.

A lei não determina os motivos que podem levar uma instituição financeira a realizar uma operação de aumento de capital social mas, como já vimos até aqui, uma das razões tem sido a necessidade de cumprir rácios de capital, impostos pelo supervisor quando pretende reforçar a solidez das instituições, nomeadamente num contexto de forte incerteza associada à crise da dívida soberana.

A lei determina, isso sim, os requisitos e formalidades legais a seguir:

- a) deliberação da assembleia geral (artigo 375º do CSC), salvo se o órgão de administração tiver sido autorizado para o efeito, como prevê o nº1 do artigo 456º do CSC;
- b) realização de uma oferta pública de subscrição, que implica a divulgação de um prospeto após a respetiva aprovação pela CMVM.

O aumento de capital não é um processo simples. Obriga a diferentes formalidades previstas legalmente e só será bem sucedido se houver interesse do mercado.

O aumento de capital pode realizar-se de duas formas:

- a) ou através da incorporação de reservas
- b) ou através de novas entradas (dinheiro ou espécie).

No caso concreto interessa-nos o aumento de capital através de subscrição pública.

Conforme disposto no artigo 87º do CSC, a deliberação de aumento de capital deve mencionar expressamente:

- a) a modalidade de aumento de capital;
- b) o montante do aumento de capital;
- c) o montante nominal das novas participações;
- d) o ágio ou prémio de emissão se houver;
- e) e ainda referir se a subscrição está reservada aos sócios, se apenas tem direito de preferência ou se antes pelo contrário, a subscrição vai ser realizada por terceiros ou em subscrição pública.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

O aumento de capital com recurso à subscrição pública fica sujeito ao regime das ofertas públicas.

Através da Oferta Pública de Subscrição, a sociedade emite valores mobiliários (ações, obrigações ou unidades de participação) e propõe à generalidade dos investidores que os subscrevam comprando.

Justifica-se a este o propósito traçar de forma abrangente o regime geral das ofertas públicas e os princípios em que está assente.

O professor António Pereira de Almeida ³⁰destaca a existência de três princípios:

- a) proteção do público;
- b) igualdade de tratamento;
- c) e estabilidade da oferta.

A proteção do público destinatário das ofertas, tem em particular consideração o público não profissionalizado, a “parte mais fraca” que necessita por isso de proteção para formar corretamente a sua decisão. É também por esta razão, como bem observa o professor António Pereira de Almeida, que “o legislador afasta do regime de ofertas públicas aquelas que são dirigidas apenas a investidores qualificados”.

O outro princípio é o da igualdade de tratamento. Este princípio está presente no processo de lançamento da oferta, desde a informação prévia até ao rateio das subscrições.

O terceiro princípio é o da estabilidade da oferta. Significa que o oferente não pode revogar ou alterar a proposta durante o processo.

O processo de toda a oferta pública inicia-se com o registo prévio na CMVM.

É a este regulador que cabe verificar a legalidade da oferta e o cumprimento dos requisitos do projeto de prospeto. A resposta é dada no prazo de 10 dias e de 8 se for uma OPA. A partir desse momento, ou mesmo antes, se a CMVM autorizar, a oferta pode ser publicitada, mantendo o rigor do conteúdo da mesma e evitando equívocos no público a que dirige.

Essa informação tornada pública deve ser fiel ao prospeto e por sua vez a informação contida no prospeto deve ser completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita. O público alvo deve ficar com informação suficiente que permita conhecer a oferta, os valores mobiliários alvo, a situação económica, patrimonial, financeira e dos resultados e perspetivas futuras do emitente. A lei estabelece um regime de responsabilidade civil pelas informações

³⁰ DE ALMEIDA António Pereira, Coimbra Editora, 6ªEdição, Sociedades Comerciais. Valores Mobiliários e Mercados.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

divulgadas e por isso o prospeto deve identificar os responsáveis que respondem solidariamente.

A oferta pública define um prazo. As ordens de aceitação da oferta são dadas através de intermediário financeiro. Assim que termina o prazo, o resultado é imediatamente apurado e divulgado.

Neste processo ao Banco de Portugal cabe apenas registar o novo valor do capital social. Como já dissemos, o Banco de Portugal não pode recusar um aumento de capital, uma vez que fazê-lo seria ir contra a sua função de autoridade responsável pela supervisão prudencial.

Podemos concluir que a capitalização é sempre a via preferível para sanar as dificuldades financeiras de uma instituição mas em situações de emergência pode não ser possível de concretizar porque, os procedimentos impostos por lei obedecem a um conjunto de requisitos que demoram o seu tempo, está dependente da confiança dos mercados e da vontade dos investidores e uma instituição que não for tida como credível junto do mercado que não conseguir demonstrar a sua solidez interna, rentabilidade e viabilidade a longo prazo da sua atividade, dificilmente poderá cumprir com sucesso um aumento de capital.

Estas foram aliás as razões invocadas pelo Banco de Portugal para avançar com a resolução no caso do BES, em vez de optar por uma segunda capitalização, para a qual já não havia tempo nem condições de mercado.

Veja-se a propósito o já citado comunicado do Banco de Portugal, do dia 3 de agosto em que se referia que tendo em conta os prejuízos anunciados pelo banco a 30 de julho que “ultrapassaram largamente os valores previsíveis à luz da informação até então disponibilizada pelo Banco Espírito Santo, S.A. e pelo seu auditor externo”, agravaram a incerteza “relativamente ao BES, inviabilizando uma solução de capitalização privada num curto espaço de tempo”.³¹

Certo é que este é o único mecanismo que não tem custos para o contribuinte. Mantem a instituição em funcionamento sem nenhum constrangimento. Os únicos custos que existem refletem-se no curto prazo nos acionistas que continuam a ter uma participação social na instituição mas por força da subscrição e emissão de novas ações veem essa participação reduzida.

³¹ Comunicado Banco de Portugal sobre a aplicação da medida de resolução ao BES, SA, disponível em www.bportugal.pt

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

4.2 CAPITALIZAÇÃO COM RECURSO AO INVESTIMENTO PÚBLICO

Existe capitalização com recurso ao investimento público quando há um reforço dos fundos próprios de uma instituição através de operações de capitalização, com recurso a investimento público, que podem ser efetuadas através de:

- a) aquisições de ações próprias detidas pela instituição de crédito;
- b) aumento de capital social da instituição de crédito através da emissão de ações especiais;
- c) aquisição de outros instrumentos que sejam elegíveis para os fundos próprios.

Esta matéria está consignada na Lei 63-A/2008 de 24 de novembro, com as alterações introduzidas pela Lei 1/2014 de 16 de janeiro, a oitava alteração. A publicação da Portaria nº 150-A/2012 de 17 de maio definiu as regras de apoio financeiro do Estado à banca e a partir dessa altura as instituições financeiras puderam passar a requerer a capitalização através de financiamento público.

A Lei de 2008 inseriu-se na Iniciativa de Reforço para a Estabilidade Financeira (IREF), levada a efeito pelo governo português para “combater os efeitos da crise financeira internacional, restabelecer a confiança dos agentes económicos e o normal funcionamento dos mercados financeiros, no contexto de um esforço concertado entre os vários Estados-Membros da União Europeia”.³²

Referindo-se à mesma lei, mas em parecer sobre as alteração a introduzir à Lei 4/2012 de 11 de janeiro, o BCE diz que a Lei da Recapitalização (68-A/2008 de 24 de novembro) “foi uma das medidas consideradas necessárias, no âmbito do Programa de Ajustamento Económico para Portugal, para restaurar a confiança no sector bancário e a estabilidade financeira na economia. O seu objetivo é reforçar a resiliência do sistema bancário através do estabelecimento das condições e procedimentos necessários para a prestação de apoio

³² Relatório sobre regime de capitalização pública para reforço da estabilidade financeira e da disponibilização de liquidez nos mercados financeiros, do ministério das Finanças, disponível em http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/SEE/Relatorios/Relatorio_do_regime_da_capitalizacao_publica_Lei_n.%C2%BA_63_A2008_Lei_n.%C2%BA_4_2012_MAIO_2012.pdf

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

temporário, com recurso a fontes de financiamento públicas, a instituições de crédito viáveis com sede em Portugal.”³³

Após a entrada em vigor da Lei 63-A/2008, mais conhecida como a Lei da Recapitalização, o regime de recapitalização pública português foi aprovado em 20 de maio de 2009.

Subjacente à sua colocação em prática estiveram quatro princípios definidos pela Comissão Europeia:

- a) o carácter temporário do apoio público;
- b) o carácter subsidiário da medida face ao reforço de capitais pelos acionistas;
- c) o comprometimento das instituições de crédito na recuperação da instituição através dos planos apresentados nesse sentido;
- d) e ainda a distinção entre instituições de crédito estruturalmente sólidas, apenas com um problema temporário de escassez de capital e as que apresentam problemas de solvência.

Entre as oito alterações produzidas à lei de 2008, justifica-se dar particular ênfase à sexta alteração que em março de 2013, obteve parecer favorável do Banco Central Europeu e que introduziu a possibilidade de realização de recapitalização obrigatória, sob proposta de Banco de Portugal.

Nos termos do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica (secção 2.15), o governo comprometeu-se a propor alterações ao quadro jurídico que regulava o acesso a capitais públicos, para permitir ao Estado que em circunstâncias muito específicas e de acordo com as regras de auxílios estatais, exercesse o controlo sobre uma instituição, impondo operações de recapitalização obrigatória com recurso a investimento público.

A lei 48/2013, de 16 de julho, passou assim a prever por um lado, a remoção da proibição estabelecida no artigo 2.º, n.º 2 da Lei da Recapitalização, da aquisição do controlo pelo Estado sobre uma determinada instituição de crédito através do exercício dos direitos de voto e, por outro lado, permitiu a recapitalização obrigatória das instituições de crédito pelo Estado, sob proposta do Banco de Portugal, tratando-se de instituições de crédito viáveis e

³³ Parecer do Banco Central Europeu, 19 de março de 2013, sobre a recapitalização das instituições de crédito (CON/2013/19) disponível em https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/pt_con_2013_19_f_sign.pdf

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

desde que seja necessário para preservar a estabilidade financeira, conforme se pode ler no parecer do BCE à lei.

Justifica-se lembrar a declaração de Carlos Costa, Governador do Banco de Portugal, na comissão Parlamentar de Orçamento e Finanças, no dia 24 de abril de 2013: “Esta alteração tem por objetivo impedir que, por bloqueio dos órgãos societários [do banco], se produza uma situação que se torna mais difícil de gerir. O que resulta desta lei é maior capacidade de prevenção, maior capacidade de garantir a estabilidade do sistema financeiro e a confiança dos depositantes”.³⁴

Referia ainda o BCE no seu parecer que o Banco de Portugal era afinal “a entidade em melhor posição para avaliar e propor a recapitalização porque está obrigado a realizar uma avaliação sobre a viabilidade e a considerar as circunstâncias que justificam a intervenção com recurso a capitais públicos, incluindo nomeadamente, o rendimento esperado do investimento para o Estado, em linha com as regras de auxílios estatais da União e com os termos e condições do desinvestimento público”.

O BCE lembrava ainda que a recapitalização com recurso a capitais públicos é uma medida temporária e que não deve ser “utilizada para contornar a aplicação do quadro jurídico de resolução”. Lembra ainda que deve ser “o meio menos oneroso de resolução das dificuldades financeiras de instituições de crédito em situação difícil, salvaguardando os recursos públicos tanto quanto possível”. Apesar de a recapitalização com fundos públicos pretenda, em simultâneo, evitar a resolução quando a instituição continua a ser viável.

No entanto, as instituições de crédito só poderão recorrer a capitais públicos se tiverem insuficiência de fundos próprios e não estiverem numa situação que obrigue a uma resolução. A instituição deve ser solvente e a operação de capitalização não pode servir para compensar perdas em que a instituição tenha incorrido ou se preveja que venha a incorrer. Subjacente a todos estes pressupostos está a necessidade de preservação da estabilidade financeira.

A capitalização pode assim ocorrer:

a) por iniciativa da própria instituição;

³⁴ Declarações do governador do Banco de Portugal sobre recapitalização dos bancos, disponível em www.radionova.fm/noticias/ler/12605

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

- b) ou partir de uma proposta do Banco de Portugal, ao membro do governo responsável pela área das Finanças. Neste, caso passa a ser uma operação de capitalização obrigatória com recurso ao investimento público.

Na verdade “sempre que se verifique uma insuficiência de fundos próprios na instituição e esta não apresente, nomeadamente, um plano de reforço de capitais, de reestruturação ou de recapitalização por sua própria iniciativa, ou não esteja a cumprir o plano previamente apresentado”³⁵, o Banco de Portugal pode determinar que a instituição apresente um plano de reestruturação ou de recapitalização com recurso a capitais públicos.

O poder do Banco de Portugal vai até mais longe. Ou seja, se a instituição não cumprir a determinação do BP e não apresentar um plano de reestruturação ou de recapitalização, o regulador pode nomear uma administração provisória para a instituição (nº2 do artigo 16º da Lei 63-A/2008).

No entanto, em situação de urgência inadiável, existindo risco sério para estabilidade do sistema financeiro, o Banco de Portugal pode propor a realização de uma operação de capitalização obrigatória (nº11 do artigo 16º da Lei 48/2013 de 16 de julho) com recurso ao investimento público, sem necessidade de prévia nomeação de uma administração provisória para permitir à instituição voltar a cumprir os requisitos para a manutenção da autorização e poder financiar-se autonomamente de forma sustentável.

Caso a administração provisória elabore um plano de reestruturação ou de recapitalização da instituição, com recurso a fundos públicos e a assembleia geral da instituição não aprove esse plano, o Banco de Portugal pode, se a revogação da autorização ou a resolução da instituição não forem medidas adequadas para assegurar a estabilidade do sistema financeiro nacional, propor ao ministro das Finanças a realização de uma operação de capitalização obrigatória com recurso a investimento público.

A realização de uma operação de capitalização obrigatória:

- a) é precedida da aplicação de medidas de repartição de encargos³⁶;

³⁵Mecanismos para lidar com instituições de crédito com insuficiência de capital disponível em www.bportugal.pt

³⁶ No âmbito da recapitalização obrigatória, refira-se que as alterações legislativas de 2012 passaram a prever a aplicação de medidas de repartição de encargos em termos ligeiramente diferentes dos previstos quando a capitalização não é obrigatória.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

- b) não carece de deliberação da assembleia geral, nem de qualquer outro procedimento legal ou previsto nos estatutos;
- c) se implicar um aumento do capital social, os acionistas não tem direito de preferência na subscrição de capital.

Na proposta a apresentar ao Governo, o Banco de Portugal pronuncia-se:

- a) sobre a situação financeira e prudencial e a viabilidade da instituição;
- b) sobre a gravidade e as consequências de uma deterioração da situação financeira para a estabilidade do sistema;
- c) da inadequação das medidas de revogação da autorização e da resolução;
- d) o montante necessário, às previsões de retorno e as condições da adequada remuneração do investimento público;
- e) os termos e as condições do desinvestimento publico.

A decisão cabe ao Governo.

O recurso à capitalização com recurso a investimento público é feito para dar cumprimento aos rácios de fundos próprios e tendo por base os princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade de remuneração e garantia dos capitais investidos, e de minimização dos riscos de distorção da concorrência.

O investimento público a realizar deve ser adequadamente remunerado, tendo em conta, nomeadamente o risco assumido pelo Estado na operação, considerado o período previsto de duração da capitalização, bem como as condições finais e concretas previstas no plano de reestruturação ou no plano de capitalização.

A capitalização de uma instituição de crédito com recurso ao investimento público tem de ser precedida da adoção de medidas destinadas a reduzir a insuficiência de fundos próprios (quando os rácios de fundos próprios são inferiores ao considerado adequado pelo BP) e de uma análise aprofundada sobre a qualidade dos ativos e da apreciação prospetiva da adequação de fundos próprios.

Identificado o problema, a insuficiência de fundos próprios, a instituição de crédito deve apresentar um plano de reforço de capitais que permita eliminar ou reduzir ao máximo a insuficiência de fundos, sem comprometer a viabilidade da instituição.

O plano de reforço de capitais deve identificar:

- a) as medidas de reforço de capitais;

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

- b) potenciais medidas de repartição de encargos;
- c) e medidas destinadas a evitar a saída de fundos da instituição.

Em conjugação com o plano de reforço de capitais, a instituição de crédito tem de apresentar uma análise aprofundada relativa à qualidade dos respetivos ativos por segmento de negócios e uma apreciação prospetiva da adequação dos fundos próprios.

Antes da realização da operação de capitalização, com recurso a investimento público, a instituição de crédito deve ainda tomar medidas de repartição de encargos³⁷ para a cobertura da insuficiência de fundos próprios, por forma a eliminar ou reduzir ao máximo o recurso ao investimento público.

Se após a identificação das medidas de reforço de capitais, a análise aprofundada da qualidade dos ativos e a apreciação prospetiva da adequação de fundos próprios, a instituição ainda apresentar uma insuficiência de fundos próprios, que a instituição pretenda cobrar com o recurso a investimento público (artigo 8º K da Lei 23-A/2015 de 26 de março que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2014/49/EU de 16 de abril e a Diretiva 2014/59/EU de 15 de maio), então deve submeter ao ministro das Finanças e ao Banco de Portugal, um plano de reestruturação.

O plano de reestruturação tem de ser remetido pelo Governo às autoridades europeias competentes em matéria de auxílios de Estado, após análise e parecer do Banco de Portugal. O plano de reestruturação é previamente submetido à aprovação da assembleia geral da instituição.

Para beneficiar de uma operação de capitalização com recurso a investimento público, a instituição que apresenta uma insuficiência de fundos próprios tem de demonstrar através do plano de reestruturação que é obrigada a apresentar que tem viabilidade a longo prazo.

Aprovado o plano, cabe ao Governo, com base em proposta do Banco de Portugal, decidir sobre a realização da operação de capitalização e fixar os seus termos, condições e encargos, especificando quais devem ser qualificados como metas estruturais.

³⁷A aplicação de medidas de repartição de encargos prévias à operação de capitalização com recurso ao investimento público carece de avaliação feita por uma entidade independente escolhida pelo Banco de Portugal dos ativos, passivos e elementos extrapatrimoniais da instituição. Entre outros aspetos, pretende-se sustentar a opção do Banco de Portugal e garantir que todos os prejuízos da instituição estão reconhecidos nas contas.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Tal como a capitalização com recurso a investimento privado, o recurso a investimento público também requer tempo, dada a complexidade do processo. Os procedimentos prévios são complexos e demorados.

A aprovação está sempre dependente da aprovação pela Comissão Europeia do plano de reestruturação.

É certo que em situações excecionais, quando está em causa a estabilidade do sistema financeiro nacional, a operação de capitalização pode avançar antes da aprovação pela Comissão Europeia do plano de reestruturação.³⁸

Aliás, a capitalização pode ser realizada antes da aprovação do plano de reestruturação se o Banco de Portugal der para o efeito parecer favorável.

A instituição tem de apresentar um plano de recapitalização que demonstre a sua solidez. Este plano deve ser submetido à aprovação da assembleia geral e devem ser implementadas medidas de repartição de encargos.

A capitalização com recurso a investimento público é financiada pelo erário público e consequentemente pelos contribuintes.

Neste tipo de recapitalização os afetados são:

- a) os acionistas ou detentores de títulos representativos do capital social da instituição. Os prejuízos resultam da redução do capital social por amortização, ou por redução do valor nominal das ações e da supressão do valor nominal das ações.
- b) A seguir são chamados os titulares de instrumentos financeiros ou contratos que sejam ou tenham sido em algum momento elegíveis para os fundos próprios da instituição, de acordo com a legislação e a regulamentação aplicáveis. Estes contribuem para a capitalização, através do aumento do capital social por conversão em ações ordinárias, ou títulos representativos do capital social da instituição dos créditos resultantes da titularidade desses instrumentos, ou contratos e da redução do valor nominal dos créditos resultantes da titularidade desses instrumentos ou contratos.

Daí que enquanto a instituição se encontrar abrangida pelo investimento público para reforço de fundos próprios, fique sujeita a uma série de obrigações (artigo 14º da Lei 63-A/2008 de 24 de novembro, republicada pela Lei nº1/2014 de 16 de janeiro):

³⁸União Bancária: Transposição das Diretivas sobre resolução bancária e sistemas de garantia de depósitos, Maio 2015, Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & associados, sociedade de advogados.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

- a) a utilização dos meios facultados ao abrigo do reforço de fundos próprios para o financiamento à economia;
- b) a adoção de princípios de bom governo societário;
- c) adoção da política de remunerações dos titulares de órgãos de administração;
- d) a adoção de mecanismos para permitir concretizar o desinvestimento público;
- e) a aprovação prévia pelo Governo para o pagamento de juros e dividendos, para o exercício do direito de recompra e para a aquisição de participações sociais noutras entidades;
- f) apresentação ao Banco de Portugal pela instituição de crédito de um plano de recapitalização (artigo 15º - D). Este plano deve determinar os objetivos, a informação sobre a situação patrimonial e programação estratégica das atividades ao longo da vigência do plano, eventuais ajustamentos a introduzir no sistema de governo societário, redução de custos estruturais e ainda os termos e condições para o desinvestimento público.
- g) A partir de 2012 ficou consagrado que nos casos em que haja montantes gerados no exercício que sejam distribuíveis a título de dividendos, os mesmos são obrigatoriamente afetos ao desinvestimento público.

É ao Banco de Portugal que cabe no prazo de 10 dias pronunciar-se em parecer fundamentado a enviar ao governo.³⁹

Atente-se agora a um caso concreto de recurso a capitalização de instituição de crédito através de capitais públicos.

4.2.1. EXEMPLOS. A CGD E O BPI, BCP E BANIF

No âmbito do memorando de entendimento assinado entre Portugal e a chamada *troika* (Fundo Monetário Europeu, Banco Central Europeu e Comissão Europeia) 12 mil milhões de euros ficaram afetos ao sector financeiro.⁴⁰

³⁹União bancária: transposição das diretivas sobre resolução bancária e sistema de garantia de depósitos, março 2015, Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & associados, sociedade de advogados, disponível em http://www.mlgtts.pt/xms/files/Publicacoes/Newsletters_Boletins/2015/bancario.pdf

⁴⁰Entenda-se banca privada, porque a CGD ficou impedida de recorrer a este fundo, o que obrigou o Estado seu único acionista a investir 1650 milhões de euros.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Três grandes bancos portugueses recapitalizaram-se com recurso ao investimento público: BPI, BCP, Banif. No entanto, no caso do Banif além das obrigações de capital contingente, o Estado subscreveu ações ficando como acionista maioritário.

"As necessidades de capitais dos bancos portugueses resultaram dos requisitos de solvabilidades mais exigentes impostos pelo Banco de Portugal e pela Autoridade Bancária Europeia (em 85%) e do reconhecimento de um crescimento de imparidades associada à deterioração da situação macroeconómica e a um rigoroso escrutínio das carteiras de crédito dos bancos", afirmação do Governador do Banco de Portugal⁴¹.

O BPI foi o primeiro banco a recorrer aos capitais públicos e foi o primeiro a proceder ao desinvestimento público, antecipando em 2 anos o prazo previsto.

Em junho de 2012, o Estado Português injetou 1650 milhões de euros na CGD (750 milhões de euros através da subscrição de novas ações e 900 milhões de euros através de instrumentos híbridos) 1500 milhões de euros no BPI, 3000 milhões de euros no BCP e 400 milhões no Banif, através de instrumentos de capital contingente, conhecidos como CoCos.

O Banif foi recapitalizado em janeiro de 2013, cerca de 7 meses após a recapitalização efetuada no BPI e no BCP.

Nos casos do BPI e do BCP as recapitalizações públicas foram acompanhadas de injeções de fundos privados, nos montantes respetivamente de 200 milhões de euros e de 500 milhões de euros, o que, segundo o ministério das Finanças (em comunicado datado de julho de 2013 ⁴²), foi “determinante para a decisão do ministro de injetar fundos públicos nestas instituições”.

Estas operações de recapitalização permitiram aos bancos cumprir o requisito de capital recomendado pela Autoridade Bancária Europeia, a ser atingido em 30 de junho de 2012. Permitiram ainda que os bancos atingissem um rácio Core Tier 1, superior a 10%, tal como determinado pelo Banco de Portugal, a partir de dezembro de 2012.

Segundo o BPI, “o Estado terá obtido um ganho de 102 milhões de euros com a operação (entre juros pagos e juros cobrados ao banco), através de uma margem média de juros de 5,3 por cento”.⁴³

⁴¹Afirmação do Governador do Banco de Portugal em fevereiro de 2013 na Comissão Parlamentar de Orçamento e Finanças.

⁴²Comunicado CMVM disponível em www.cmvm.pt

⁴³ FERREIRA, Cristina, Bancos apoiados devolvem 2,2 mil milhões de euros ao Estado, 25 de julho de 2014, disponível em <http://www.publico.pt/economia/noticia/bancos-apoiados-devolvem-22-mil-milhoes-ao-estado-1660490>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

O BCP apresentou o seu plano de recapitalização ao Banco de Portugal, no dia 1 de junho de 2012 e nos termos do agora nº4 do artigo 9º da lei 63-A/2008, submeteu-o à Assembleia Geral.⁴⁴

O documento estava estruturado em 8 capítulos, agregando os elementos previsto na lei da recapitalização, mas também da portaria nº150-A/2012, de 17 de maio que estabelece os procedimentos relativos à execução da lei de recapitalização.

O BCP justifica a necessidade de recorrer a uma capitalização adicional (já tinha realizado duas iniciativas de recapitalização em 2008, com emissão de 1,3 mil milhões de euros em ações ordinárias e, em 2011, captou mais 1,9 mil milhões através da retenção de dividendos, seguida de incorporação de reservas, oferta pública de troca e oferta pública de subscrição) devido à degradação da situação macroeconómica.

O BCP aponta em concreto:

- a) a antecipação dos requisitos de Basileia III;
- b) a necessidade de um *buffer* de capital para a dívida soberana, devido à crise europeia igualmente resultante do exercício levado a cabo no âmbito da EBA;
- c) o impacto da degradação do rating da República Portuguesa e da República Helénica na economia e na avaliação da carteira de crédito;
- d) a adesão ao *Private Sector Involvement* relativamente à reestruturação da dívida grega;
- e) e a transferência das responsabilidades com pensões para o regime da Segurança Social.

O BCP acrescenta ainda que o plano de capitalização “foi elaborado considerando a constituição de uma provisão adicional de cerca de 450 milhões de euros para riscos associados à degradação da situação económica financeira da Grécia”.

Considerando esta provisão adicional e o objetivo definido pela EBA de um rácio Core Tier 1 no final de junho de 2012 de 9%, o montante de recapitalização é de 3,0 mil milhões, esforço que segundo BCP necessita da ajuda do Estado, uma vez que os mercados de capitais estão “encerrados”.

Apesar da evidente necessidade de capital, o BCP assegura que não esta em causa a viabilidade ou a solvabilidade da instituição.

⁴⁴Plano de Recapitalização apresentado pelo Millennium BCP, disponível em http://ind.millenniumbcp.pt/pt/Institucional/investidores/Documents/AssembGeral/ponto1_Plano_443551a.pdf

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Apesar da solidez do banco, o BCP justifica o recurso a investimento público com a necessidade de “assegurar os requisitos regulatórios de carácter transitório e promover o regresso aos mercados financeiros”.

Para além do recurso ao investimento público, o BCP neste plano de recapitalização previa igualmente um aumento de capital de 500 milhões de euros de natureza complementar ao investimento público, com subscrição destinada a acionistas e com tomada firme, uma forma de assegurar condições para envolvimento adicional dos acionistas.

Perante o Estado, no seu plano de recapitalização, o banco (segundo o disposto no artigo 14º da lei 68-A/2008) compromete-se:

- a) a manter a sua posição de referência na concessão de crédito às empresas;
- b) a dar “seguimento aos esforços de desalavancagem desenvolvidos em 2011;
- c) a “intensificar o esforço de redução de custos” e a “otimizar as condições de exploração dos seus ativos internacionais”.
- d) relativamente ao modelo de governo societário, o BCP compromete-se a manter as alterações que pretendem reforçar “o alinhamento com as melhores práticas e recomendações” nacionais e internacionais.
- e) relativamente à política de remunerações da Administração, o BCP compromete-se a proceder a uma revisão com vista a assegurar o integral respeito pelas mais recentes alterações legislativas”.
- f) relativamente à política de dividendos, o BCP revela estar prevista a suspensão da mesma durante o período de investimento público”, caso contrário refira-se que estaria sujeita à autorização prévia do governo.

Com o plano de recapitalização, o BCP previa ter a 30 de junho de 2012, um rácio Core Tier 1 (Banco de Portugal) de 11,8 por cento e a 31 de dezembro de 2012, de 12,5 por cento e um rácio Core Tier 1 (EBA) de 9,6 por cento em 30 de junho de 2012 e em 31 de dezembro de 2012. O BCP previa amortizar a totalidade do investimento público até final de 2016.

Na elaboração do seu plano de recapitalização, o BCP considerou outros casos idênticos ocorridos noutros países europeus para concluir que as intervenções dos Estados, de acordo com o grau de intervenção, consubstanciaram-se em três abordagens distintas, algumas já aqui explicadas no capítulo anterior:

- a) *financing bridge* – focado (caso da Societe Generale ou do Erste Bank),
- b) *business shaping* – parcial (caso do Commerzbank e do Bank of Ireland)
- c) *controlling stake* – total (caso do Royal Bank of Scotland).

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

A decisão da abordagem a seguir teve em consideração:

- a) a exposição da economia ao setor financeiro;
- b) a dimensão da recapitalização;
- c) a solidez do balanço;
- d) e a sustentabilidade do modelo de negócios.⁴⁵

Após a análise destes aspetos, o BCP conclui que “o processo de recapitalização deverá ser conduzido segundo uma abordagem *financing bridge*, com uma intervenção focada do Estado, com a utilização de instrumentos híbridos convertíveis em ações que permitam um elevado grau de proteção do investimento do Estado e possível participação em capital, limitada ao necessário em consequência da tomada firme/garantia de colocação de apoio ao aumento de capital destinado a investidores privados”.

No dia 24 de junho de 2013, em comunicado, o ministério das Finanças veio dizer que a “Comissão Europeia concluiu a análise dos planos de reestruturação submetidos pelo Estado Português, relativamente à Caixa Geral de Depósitos, S.A. (“CGD”), ao Banco BPI, S.A. (“BPI”) e ao Banco Comercial Português, S.A. (“BCP”)” e que os “considerou compatíveis com as regras e orientações da União Europeia em matéria de auxílios de Estado”, uma vez que “confirmam a viabilidade de longo prazo destes bancos, sem os auxílios estatais, asseguram uma contribuição própria adequada em relação aos custos de reestruturação e incluem medidas adequadas de limitação das distorções de concorrência que possam ter sido criadas pelo auxílio de Estado”.

Refira-se, como determina a Lei 68-A/2008 que o Estado ao injetar dinheiro público nos bancos fica obrigado a apresentar à Comissão Europeia, nos termos das regras e orientações da União Europeia em matéria de auxílios de Estado os planos de reestruturação para os bancos recapitalizados.

A este propósito refira-se ainda que “as mesmas regras determinam que só pode haver injeção de fundos públicos na instituição de crédito quando os acionistas e os detentores de instrumentos financeiros ou contratos tenham contribuído plenamente para a absorção das perdas”⁴⁶.

⁴⁵ Plano recapitalização Millennium BCP, pág. 142, disponível em

http://ind.millenniumbcp.pt/pt/Institucional/investidores/Documents/AssembGeral/ponto1_Plano_443_551a.pdf

⁴⁶Mecanismo para lidar com instituições de crédito com insuficiência de capital, disponível em www.bportugal.pt

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Refira-se que nenhum credor da instituição de crédito poderá assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação, uma regra que como teremos oportunidade de verificar mais à frente também se verifica em caso de resolução.

4.3. NACIONALIZAÇÃO. O CASO BPN

Nacionalização consiste na apropriação pública, no todo ou em parte, de uma pessoa coletiva privada através da transferência da titularidade das participações no capital social de uma entidade para o Estado.

O regime da nacionalização está previsto na lei 62-A/2008 de 11 de novembro. Até à publicação desta lei, as nacionalizações aconteciam, caso a caso, através de lei ou decreto lei. O novo regime das nacionalizações passa a prever que as nacionalizações ocorram em situações excecionais, devidamente fundamentadas e sempre que esteja em causa o interesse público, isto mesmo está previsto no artigo nº1 do anexo à lei.⁴⁷

Trata-se de um regime feito para resolver a nacionalização do BPN.

A lei nacionaliza o BPN e, em anexo, publica o regime que tem por objeto a apropriação pública por via da nacionalização, das participações sociais, a bem do interesse público.

No caso do BPN, o interesse público é justificado na lei da seguinte forma:

“Verificados o volume de perdas acumuladas pelo Banco Português de Negócios, S.A. doravante designado por BPN, a ausência de liquidez adequada e a iminência de uma situação de rutura de pagamentos que ameaçam os interesses dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro e apurada a inviabilidade ou inadequação de meio menos restritivo apto a salvaguardar o interesse público, são nacionalizadas todas as ações representativas do capital social do BPN”.

Conforme observa e bem o professor Saldanha Sanches, “o regime jurídico das nacionalizações, aprovado de propósito e a propósito da nacionalização do BPN”, é o melhor exemplo de uma lei motivada pela circunstância.⁴⁸

⁴⁷Lei nº 62-A/2008 de 11 de Novembro de 2008, disponível em www.iapmei.pt

⁴⁸ SANCHES, Saldanha, DeRLegislatoris, A lei das nacionalizações e a nacionalização da lei: uma dúvida cinco ideias, disponível em <http://www.saldanhasanches.pt/2-Edicao%20Direito%20Prof.JLSS.pdf>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

E esta é uma das críticas que se faz ao regime jurídico das nacionalizações, ou seja, a sua aprovação, em anexo, ao diploma de nacionalização do BPN. Admite Saldanha Sanches que “é difícil criar um regime geral das nacionalizações a partir do nada”, porque “uma lei das nacionalizações é sempre concreta e conjuntural”. Refere também, no artigo já citado, que um “regime quadro é provavelmente inútil”, porque “difícilmente duas nacionalizações diferentes em momentos diferentes se podem reger pelas mesmas regras”. E neste âmbito adianta que, assim sendo, “outra nacionalização feita ao abrigo desta nova lei será acompanhada de alterações ao regime”.

O novo regime aplica-se apenas às nacionalizações e dentro destas às nacionalizações de participações sociais (total ou parcialmente).

A lei de nacionalização do BPN é uma “lei medida”, como lhe chama Saldanha Sanches, porque restringe e limita os direitos fundamentais.

Segundo o diploma, as participações sociais transferem-se para o Estado, podendo depois passarem para sociedades de capital integralmente público. Sendo que, como ainda observa Saldanha Sanches “a nacionalização não extingue nem altera a natureza jurídica da sociedade nacionalizada, sendo que esta pode ser fundida”.

A lei prevê a existência de indemnizações, mas tratando-se de instituições em situação financeira difícil, é muito pouco provável haver lugar à indemnização dos acionistas. Com a indemnização, o direito dos acionistas extingue-se.

Foi assim que em Maio de 2009, em comunicado após avaliação ao BPN, o ministério das Finanças anunciou aos acionistas que não teriam direito a qualquer indemnização, devido ao “valor negativo da situação patrimonial e financeira do BPN”.

O ato de nacionalização é um ato político. É uma decisão política. Assim como a decisão de não nacionalizar é uma decisão política.

Neste caso a lei não atribui qualquer iniciativa específica ao Banco de Portugal.

O BPN foi o primeiro banco privado português a ser nacionalizado, desde o 25 de abril de 1974.

A gestão da instituição financeira passa a estar a cargo do Estado.

Os custos, as perdas no momento e posteriormente passam a ser suportadas pelo Estado, o mesmo será dizer pelos contribuintes.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Com recurso ao relatório⁴⁹ da comissão de inquérito parlamentar sobre a situação que levou à nacionalização do BPN e sobre a supervisão bancária inerente (Resolução nº65/2008, de 15 de dezembro), é possível referir os momentos relevantes na história do banco que presidiram à sua criação e conduziram à sua nacionalização.

O BNP foi criado em 1993 na sequência da fusão das sociedades financeiras Soserfim e Norcrédito. Em 1998 transforma-se em banco comercial. Oliveira e Costa assume a presidência do BPN. É nesse ano que é criada a Sociedade Lusa de Negócios (SLN). A 19 de janeiro, o Banco de Portugal não se opõe à venda da maioria do capital social do BPN à SLN. A SLN procede a um aumento de capital de 5 para 12 milhões de euros. Em 2000, por imposição do Banco de Portugal de um rácio de solvabilidade de 9 por cento, o BPN aumenta o capital de 60 para 80 milhões de euros. No âmbito da sua função prudencial, a 17 de julho de 2000, o Banco de Portugal envia uma carta à SLN onde considera excessivo o envolvimento da SLN SGPS e do BPN com o próprio Grupo. Na sequência desta carta, a 11 de agosto de 2000, os acionistas da SLN assinam um protocolo para a alienação da totalidade das ações da SLN Imobiliária SGPS, onde residiam os Grandes Ricos, constituindo a sociedade CAMDEN CAPITAL CORPORATION que em dezembro de 2000, comprou a totalidade do capital da SLN Imobiliária SGPS. Em 2002, o Banco Efisa e a correctora Fincor passam a integrar o grupo SLN. Esta aquisição é feita depois da Fincor comunicar ao Banco de Portugal a venda da totalidade da participação social do Banco Insular (instituição bancária de direito cabo verdiano sediada em Cabo Verde, iniciou a atividade em 1998 com o objetivo de realizar operações financeiras internacionais com não residentes em Cabo Verde em moeda estrangeira) a uma entidade sediada em Inglaterra. Em novembro de 2002, um grupo de acionistas decidia “alienar parte dos bens e mudar o nome de SLN Imobiliária para outro que não fizesse confusão com o grupo”, tendo sido criada a SOGIPART.

Em 2003, o BPN procede a um novo aumento do capital de 30 milhões de euros e faz uma emissão de obrigações de 100 milhões de euros. Conforme se refere no relatório da comissão parlamentar, de “2003 a 2006, o banco aumentou 100 milhões e fez emissões de 150 milhões de dívida subordinada que também contou como capital” na sequência de inspeções efetuadas pelo Banco de Portugal.

⁴⁹Proposta de substituição apresentada pelo PS, PPD/PSD e CDS-PP ao Inquérito Parlamentar n.º 8/X/4.ª (CDS-PP). Os Deputados propõem à Assembleia da República a constituição de uma comissão eventual de inquérito sobre a situação que levou à nacionalização do BPN – Banco Português de Negócios, disponível em <http://app.parlamento.pt>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Em Outubro de 2005, o BPN foi alvo de uma investigação no âmbito da “Operação Furacão”. Na sequência de mais uma inspeção do Banco de Portugal, a 24 de fevereiro de 2006, o Banco de Portugal reúne com os conselhos de administração do BPN, SLN e com os auditores. No final da reunião, o Banco de Portugal revela que fará nova inspeção em setembro. No final de 2006 realiza-se a venda da ERGI “tendo alguns acionistas reparado que as mais valias anunciadas publicamente eram diferentes das referidas no Brasil”.

Em 2007 começa a ser equacionada a possibilidade da colocação em bolsa do BPN. O Banco de Portugal anunciou previamente que seria contra esta IPO. A comunicação da IPO chega a ser feita aos acionistas, a 24 de abril.

Em junho, o Banco de Portugal questiona sobre possível “ligação, exposição, do Banco Insular ao BPN”.

Em outubro de 2007, começa a ser referido o interesse da Carlyle em adquirir uma posição.

A 12 de fevereiro, os acionistas ficam a saber pelo presidente do CA, Oliveira e Costa que o passivo é de 350 milhões. Oliveira e Costa é afastado 3 dias depois. Abdool Vakil assume a presidência do CA da SLN e do BPN.

A 2 de junho de 2008 “é admitido e confessado pelo conselho de administração do Grupo SLN que o BPN é titular do Banco Insular, com uma carteira de crédito de cerca de 200 milhões de euros”. Na mesma data, é conhecida a existência de um chamado banco virtual com uma carteira de crédito de mais de 390 milhões de euros, que não estavam em nenhuma contabilidade de qualquer entidade do grupo, nem em qualquer outra entidade”.

A 24 de junho de 2008, Miguel Cadilhe toma posse. Chegou a estar previsto um aumento de capital de 300 milhões de euros mas só se verificou um aumento de 80 milhões.

Na sequência de uma auditoria foi possível apurar a existência de 750 milhões de euros de imparidades no BPN, nas quais se incluíam imparidades do Banco Insular.

A administração de Miguel Cadilhe apresentou então ao governo um plano de recuperação do banco, a que designou Plano BPN 23X08, a data de apresentação do documento. O plano previa um recurso à garantia do Estado para um financiamento de 500 milhões de euros, a entrada de 600 milhões de euros em ações preferenciais e ainda mais 380 milhões de euros de aumento de capital privado, até março de 2009.

Depois de apresentação deste plano e antes de existir uma resposta do governo, segundo foi possível apurar pelos deputados da comissão parlamentar que investigou o caso, a CGD terá feito uma proposta de aquisição pelo justo valor, o valor de mercado, a que não foi dado

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

seguimento porque Miguel Cadilhe alegou estar a aguardar a resposta do governo e adiantou ainda ter consultado um número restrito de acionistas que terá entendido que só pretendia vender o grupo, no seu todo, o Grupo SLN, a 1,16 euros por ação, ficando a cargo do Estado a realização de duas tranches que faltavam do aumento de capital, ou seja, 200 milhões de euros.

Dias antes da nacionalização regista-se uma corrida ao levantamento dos depósitos.

A 2 de novembro o governo anunciou a nacionalização do BPN, aprovada pela Assembleia da República, no dia 5 de novembro de 2008. Oliveira e Costa é preso preventivamente a 21 de novembro de 2008.

A nacionalização foi à época seguida por outros Estados. Entre setembro e novembro de 2008, segundo o relatório da comissão parlamentar de inquérito ao caso BPN, foram nacionalizados 10 bancos na Europa.

Aconteceu o mesmo com o governo britânico que nacionalizou o Northern Rock e Bradford & Bingley, o governo austríaco que nacionalizou o Kommunalkredit, o governo dinamarquês que nacionalizou os bancos Roskilde e Ebn Bank e o governo islandês que nacionalizou o Kaupthing, Landsbanki, Glitnir.

Durante este processo, a ação do regulador Banco de Portugal foi posta em causa. O então governador do Banco de Portugal, revelou na comissão parlamentar de inquérito ter realizado inspeções ao BPN em 2001, 2003, 2005, 2006, 2007 e 2008. Sendo que, segundo adiantou, nenhum outro banco do sistema sofreu tantas inspeções diretas, algumas extensas, apesar de inicialmente representar 1% do sistema e posteriormente 2%.

Vítor Constâncio lembrou ainda que o BPN foi o único banco a que foi imposto um rácio de capital de 9%, em julho de 2000. Foram ainda impostos, ao longo dos anos, aumentos de capital e abatimentos de fundos próprios por excessos de risco e irregularidades prudenciais. Vítor Constâncio revelou à data que a instituição, daquilo que se conhecia (sem considerar o que estava escondido no Banco Insular e no banco virtual), “cumpriu as determinações dadas de aumento de capital”.

Fazer de outro modo seria, segundo Vítor Constâncio, criar alarme e provocar corridas aos depósitos.

É também neste sentido que se enquadrará a decisão do governo para nacionalizar o BPN.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

O Banco de Portugal instado a pronunciar-se a dar parecer sobre o plano para a recapitalização do BPN, apresentado pela administração de Miguel Cadilhe, pronuncia-se a 30 de outubro, não o considerando viável.

Governo e Banco de Portugal apontam as seguintes razões: não é aceitável o Estado entrar no capital da instituição com 600 milhões de euros sob a forma de ações preferenciais sem voto e ainda garantir um empréstimo de 500 milhões, sem poderes de intervir na gestão da instituição; a remuneração das ações preferenciais era de 5,2, inaceitável e muito abaixo das exigências comunitárias que impunham 8% a 10% para as ajudas de Estado na recapitalização dos bancos; haveria um período de carência para a remuneração dos capitais do Estado; 600 milhões em ações preferenciais também não respeitava o limite máximo de ações preferências, imposto pelo Parlamento Europeu e que era de 35 por cento, que um banco pode ter; o montante solicitado é exagerado porque para atingir um rácio de 8%, bastariam 425 milhões de euros; a previsão de resultados futuros dificilmente será alcançada e é insuficiente para remunerar as ações preferenciais à taxa mínima exigida a nível internacional; os crescimentos previstos são pouco realistas considerando o quadro recessivo em que o setor se encontra e ainda a expectativa de que o envolvimento do Estado fosse superior aos 600 milhões de euros à medida que fossem sendo reveladas as imparidades (o que, aliás acabou por acontecer).

“Com base no parecer do Banco de Portugal e de acordo com a sua própria convicção, o ministro das Finanças, Teixeira dos Santos, recusou a proposta por considerar que não servia o interesse dos contribuintes”.

Na comissão parlamentar de inquérito, o ministro das finanças acabaria por admitir que a nacionalização não tinha sido a melhor opção.

A melhor solução seria os acionistas colocarem dinheiro no banco ou que alguém tivesse comprado e recapitalizado. A nacionalização é assim apontada como a solução para evitar um problema maior no sistema financeiro. O objetivo segundo o ministro das Finanças era assegurar a estabilidade do sistema financeiro e evitar que o banco deixasse de cumprir os seus compromissos com os depositantes, porque o banco não tinha liquidez.

“Foi essa a motivação da nacionalização: impedir uma crise sistémica do sistema financeiro que ocorreria com um grande grau de probabilidade numa situação em que o BPN não poderia honrar os depósitos e que iria suscitar corridas a outros bancos, dos clientes de outros bancos, a procurarem salvaguardar e a obter os seus depósitos”, refere Teixeira dos Santos.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

À comissão parlamentar, o ministro das Finanças, considerou ainda ter cumprido o princípio da proporcionalidade. “A ação do Estado tem de ser proporcional aos objetivos que se querem prosseguir. A nacionalização do banco era a medida ajustada aos objetivos pretendidos”.

Segundo o governo, não havendo ninguém interessado na compra, a alternativa que restava era a falência.

Estimava-se à data que as implicações da falência seriam ainda maiores. O BPN detinha 8,5 mil milhões de euros de depósitos.

O governo estimava que numa crise sistémica, teria um custo de 17 mil milhões de euros, só em acionar a garantia de depósitos de 100 mil euros prevista na lei (o Fundo de Garantia de Depósitos foi criado pelo decreto-lei nº 298/92, de 31 de dezembro) e considerando apenas um universo de 10 por cento do total dos depósitos.

O relatório da comissão também conclui que não havia outra alternativa à nacionalização.

Aponta o dedo aos negócios megalómanos desenvolvidos pelo grupo, à exposição excessiva a certos riscos de crédito, à excessiva concessão de crédito a empresas do grupo, a uma avaliação deficiente de ativos, aos empréstimos concedidos sem garantias, ao pagamento de remunerações em dinheiro vivo a alguns colaboradores à margem da contabilidade oficial e aos prejuízos das operações via Banco Insular, consolidados no balanço do BPN.

Refere ainda que as práticas ilícitas foram dolosamente escondidas, que a administração do BPN valeu-se do “princípio da confiança institucional que subjaz ao sistema financeiro” em geral, “ludibriando a supervisão” mas admite também falhas no modelo de supervisão e regulação “demasiado assente na auto regulação e disciplina do mercado”.

O BPN foi reprivatizado em 2012. No primeiro semestre foi adquirido pelos acionistas do BIC. Conforme consta do Relatório e Contas de 2012, “Em julho de 2012, o grupo de acionistas que passou a deter e controlar o BPN e o Banco BIC decidiu por questões de racionalidade económica, incorporar este naquele, mediante a concretização de uma fusão por incorporação, com a conseqüente extinção do Banco BIC. O BPN alterou a sua denominação social para Banco BIC português, S.A”.⁵⁰

No âmbito da fusão, procedeu-se a um aumento de capital do Banco BIC de 1 milhão de euros, através da emissão de 200 mil novas ações, totalmente subscritas e realizadas pelos acionistas.

⁵⁰ Relatório e Contas, Banco BIC, 2012, disponível em <http://www.bancobic.pt/>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

“Na sequência da fusão e por determinação do Banco de Portugal, o banco procedeu à reposição dos níveis de capitalização previsto pelo Acordo Quadro e pelo Contrato de Compra e Venda (30 de março de 2012), tendo para o efeito realizado uma redução do capital no montante de 40.772 milhões para cobertura de prejuízos, e no montante de 40.000 milhões por alteração do valor nominal da ação de 5 euros para 3,95 euros”.

Os ativos e os passivos do BIC foram incorporados pelo seu valor contabilístico a 1 de julho de 2012. O resultado líquido de 3,1 milhões de euros, apurado no primeiro semestre, foi incorporado na situação líquida. Também por via do contrato de compra e venda, a um conjunto de ativos e passivos que integravam o balanço do BPN, a 31 de dezembro de 2011 (quando ainda estava na posse do Estado) não foram incluídos na transação e foram alienados pelo seu valor líquido contabilístico a entidades criadas para o efeito pelo Estado.

No final de 2013, os custos da nacionalização foram estimados pelo Tribunal de Contas em 2,2 mil milhões de euros.

Pensava-se que depois do BPN, dificilmente outra situação idêntica poderia vir a acontecer porque as regras mudaram, porque o supervisor estava mais atento, porque as condições de mercado era diferentes, a verdade é que aconteceu o caso BES que à frente explicaremos a propósito da resolução.

Importa primeiro perceber as vantagens e desvantagens da Insolvência, caminho que teria sido seguido também no caso BPN se o Estado não tivesse optado pela nacionalização.

4.4. INSOLVÊNCIA. O CASO DO BPP.

A liquidação judicial de instituições de crédito e sociedades financeiras com sede em Portugal e suas sucursais noutra Estado Membro é regulada pelo Decreto-Lei nº199/2006, de 25 de outubro e pelo Código de Insolvência e Recuperação de Empresas que transpôs a Diretiva nº 2001/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Abril.

Esclarece o preâmbulo do Decreto-Lei que com a nova lei se pretende passar de um sistema predominantemente administrativo da liquidação das instituições de crédito e sociedades financeiras, anteriormente em vigor, para um sistema que contribua para a credibilização da atividade financeira e dos respetivos agentes.

A liquidação continua a ser um processo judicial através do qual o património da instituição é vendido para satisfazer os credores. A graduação dos créditos é feita pelo tribunal.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Continua a atribuir-se ao Banco de Portugal (artigo 8º), enquanto autoridade de supervisão, a competência para a revogação da autorização de exercício da atividade bancária, à semelhança, aliás, do que sucede nos demais países da União Europeia, produzindo a decisão de revogação da autorização os efeitos da declaração de insolvência.

Os fundamentos para a revogação são os definidos no artigo 22º do RGICSF:

- a) se a autorização tiver sido obtida por meio de falsas declarações ou outros expedientes ilícitos;
- b) se deixar de se verificar algum dos requisitos estabelecidos no artigo 14.^{o51}
- c) se a atividade da instituição de crédito não corresponder ao objeto estatutário autorizado;
- d) se a instituição cessar atividade ou a reduzir para nível insignificante por período superior a 12 meses;
- e) se se verificarem irregularidades graves na administração, organização contabilística ou fiscalização interna da instituição;
- f) se a instituição não puder honrar os seus compromissos, em especial quanto à segurança dos fundos que lhe tiverem sido confiados;
- g) se a instituição violar as leis e os regulamentos que disciplinam a sua atividade ou não observar as determinações do Banco de Portugal, por modo a pôr em risco os interesses dos depositantes e demais credores ou as condições normais de funcionamento do mercado monetário, financeiro ou cambial;
- h) se a instituição não cumprir as obrigações decorrentes da sua participação no Fundo de Garantia de Depósitos ou no Sistema de Indemnização aos Investidores e se a instituição violar as leis e os regulamentos que disciplinam a sua atividade ou não observar as determinações do Banco de Portugal, por modo a pôr em risco os interesses dos depositantes e demais credores ou as condições normais de funcionamento do mercado monetário, financeiro ou cambial.

⁵¹Corresponder a um dos tipos previstos na lei portuguesa; adotar a forma de sociedade anónima; ter por exclusivo objeto o exercício da atividade legalmente permitida; ter capital social não inferior ao mínimo legal, representado obrigatoriamente por ações nominativas; ter a sede principal e efetiva da administração situada em Portugal; apresentar dispositivos sólidos em matéria de governo da sociedade, incluindo uma estrutura organizativa clara, com linhas de responsabilidade bem definidas, transparentes e coerentes; organizar processos eficazes de identificação, gestão, controlo e comunicação dos riscos a que está ou possa vir a estar exposta; dispor de mecanismos adequados de controlo interno, incluindo procedimentos administrativos e contabilísticos sólidos.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

A liquidação propriamente dita é cometida ao sistema judicial, pelo Banco de Portugal devido à excecional complexidade e dimensão dos interesses envolvidos. O Banco de Portugal propõe ao juiz um liquidatário judicial ou uma comissão liquidatária, podendo também a todo o momento destituir ou substituir, ate porque tem como obrigação acompanhar o trabalho que será desenvolvido ao longo do processo. O Banco de Portugal continua a exercer as suas funções de supervisão, na parte relevante, e ainda a prestar a necessária colaboração em juízo, requerendo o que entender por conveniente e reclamando ou recorrendo das decisões judiciais que admitam reclamação ou recurso.

As instituições de crédito e sociedades financeiras como os respetivos credores continuam a não ter legitimidade para requerer a declaração judicial de insolvência. As instituições de crédito dissolvem-se apenas por força da revogação da respetiva autorização ou por deliberação dos sócios. A dissolução voluntária e liquidação decorre no âmbito da legislação comercial, de acordo com as deliberações dos sócios, desde que salvaguardados os interesses dos credores e do sistema financeiro. No entanto, “não obsta a que, a todo o tempo, o Banco de Portugal requeira a liquidação judicial”, incluindo eventuais medidas cautelares (nº2, artigo 6º do Decreto Lei 199/2006 de 25 de outubro). Se a dissolução ocorrer por revogação da autorização, uma vez que esta produz os efeitos da declaração insolvência, a regra é a da liquidação judicial.

Com o processo de liquidação cessam de imediato todos os pagamentos e todos os serviços financeiros prestados pela instituição. O Fundo de Garantia de Depósitos é ativado.

Com a liquidação judicial, os custos da insolvência são pagos pelos credores e acionistas e de certo modo também pelos depositantes com depósitos superiores a 100 mil euros, uma vez que o fundo só reembolsa até este limite.

É através da alienação do património que os credores poderão satisfazer os seus créditos pela ordem hierarquicamente definida, credores garantidos, privilegiados, comuns e subordinados (artigo 47º e segs. do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas). Se o património não for suficiente, os que estiverem no final da linha não serão ressarcidos, o que efetivamente se verifica.

Refira-se a título de exemplo o caso do Banco Privado Português, BPP.

Em 2008, o BPP não conseguiu passar ao lado da crise económica mundial e começou a ter dificuldades de liquidez. A 24 de novembro informou o Banco de Portugal que corria o risco de não conseguir satisfazer todos os pagamentos. Tendo em vista a reestruturação e saneamento do BPP, o Banco de Portugal determinou que a partir de 1 de dezembro de 2008,

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

o BPP estava dispensado por um período de três meses do “cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas, prioritariamente no âmbito da gestão de patrimónios”.

Na mesma data, mas com efeitos a 5 de dezembro, o governo decidiu conceder ⁵²ao BPP uma garantia de Estado ao abrigo da Lei nº112/97 de 16 de setembro de 1997 que tinha por objetivo garantir um empréstimo de 450 milhões de euros concedido ao BPP por um consórcio composto por seis bancos portugueses: BCP, CGD, BES, BPI, Santander Totta e Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo.

Esta garantia não foi concedida no âmbito da Lei nº60-A/2008, de 20 de outubro de 2008, ou seja, da lei que define o regime de garantias a favor das instituições de crédito.

De acordo com o que ficou definido, o financiamento destinava-se a fazer face às responsabilidades do passivo do BPP registadas até 24 de novembro de 2008 e apenas poderia ser utilizado para reembolsar depositantes e credores, não podendo cobrir dívidas de outras entidades do grupo.

O empréstimo tinha a duração de 6 meses, renovável por um período máximo de 24 meses. A remuneração da garantia do Estado foi estabelecida em 20 pontos percentuais.

O BPP constituiu a título de contragarantias a favor do Estado português, um direito de garantia prioritário sobre diversos ativos.

A decisão foi comunicada à Comissão Europeia que dado a urgência da situação não levantou objeções à concessão da garantia, compatível que era com o mercado interno.

O BPP apresentou planos de recuperação e saneamento ao Banco de Portugal a 23 de dezembro de 2008, 12 de janeiro de 2009, 19 de fevereiro de 2009, 27 de abril de 2009 e 10 de junho de 2009.

Em abril, o BPP propõe uma operação de recapitalização pelo Estado de 150 a 200 milhões de euros sob a forma de ações ordinárias, de ações preferenciais e de prestações suplementares, sem qualquer remuneração. A proposta não foi aceite. À data o governo considerou que não existia interesse público ou risco sistémico que justificasse a injeção de capital. Isto mesmo é referido no esclarecimento público feito pelo ministério das Finanças e da Administração Pública, no dia 9 de junho. Esse documento revela ainda que grande parte dos depósitos que tinham sido confiados ao BPP, tinham sido aplicados na aquisição de instrumentos financeiros, distribuídos por várias dezenas de sociedades veículos sediadas em “offshore”. O BPP assegurava uma taxa de remuneração e garantia, na maturidade, a

⁵² Despacho nº 31268-A/2008, de 1 de dezembro de 2008, Diário da República, 2ª série, nº235, de 4 de dezembro de 2008

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

totalidade do capital investido por esses clientes (aplicações de retorno absoluto). A existência desta garantia nunca foi comunicada às autoridades de supervisão e isto permitiu que os acionistas não fossem obrigados a injetar mais capital para cumprir as exigências legais. É também neste documento que o governo esclarece terem sido detetadas pelo BP e pela CMVM irregularidades que consubstanciam a prática de crimes.

O empréstimo é prorrogado por mais seis meses e a Comissão Europeia lembra a Portugal que a partir de 6 de junho o auxílio estatal se tinha tornado ilegal, porque a Comissão apenas aprovara esse auxílio de emergência até 5 de junho de 2009. No dia 10 de novembro de 2009, a Comissão Europeia acaba mesmo por abrir um procedimento formal de investigação relativo à garantia estatal ao BPP e ordena que lhe seja apresentado um plano de reestruturação.

Entretanto, o prazo do empréstimo é novamente prorrogado por mais 6 meses até 5 de junho de 2010. Em resposta à Comissão, o governo esclarece que “a perturbação imediata da atividade do BPP comprometeria claramente a solução em estudo” no momento porque os bancos que tinham garantido esse empréstimo ao BPP teriam acordado numa prorrogação por mais 6 meses, sem alterar as condições em vigor e sem um financiamento adicional na condição da correspondente garantia estatal também ser prorrogada⁵³.

A prorrogação da garantia do Estado tinha por objetivo, à data, fazer um estudo de viabilidade da instituição e estabilizar o sistema financeiro nacional. Ou seja, o BPP deveria apresentar um plano de recuperação e uma solução destinada a garantir a proteção dos investidores.

A 30 de março de 2010 é constituído o Fundo Especial de Investimento (FEI).

No dia 15 de abril de 2010, perante a evidência de que não seria possível reestruturar ou recapitalizar, o Banco de Portugal revogou a autorização para o exercício da atividade conferida ao BPP.

No dia 21 de abril de 2010, o sindicato bancário executou a garantia do Estado. No dia 7 de maio, o Estado português reembolsou o montante total do empréstimo objeto dessa garantia. No dia 22 de abril, o Banco de Portugal intentou uma ação de liquidação judicial do BPP⁵⁴ e requereu que fosse designada a comissão liquidatária. A 23 de abril o tribunal fixou um prazo de 30 dias para a reclamação dos créditos. A 20 de julho, a Comissão Europeia

⁵³Despacho n°26556-B/2009, Diário da República, 2ª série, n°236, de 7 de dezembro de 2009

⁵⁴Processo n°519/10.5TYLSB Tribunal de Comércio de Lisboa

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

declarou⁵⁵ a garantia estatal a favor do BPP como um auxílio incompatível com o mercado interno e ordenou ao Estado que procedesse à sua recuperação imediata e efetiva. Segundo a Comissão Europeia, a garantia estatal conferiu uma vantagem económica ao BPP, através da utilização de recursos estatais imputáveis a Portugal, uma vantagem suscetível de afetar a concorrência e o comércio entre Estados- Membros. Logo a medida constitui auxílio estatal.

A 9 de setembro de 2011 Portugal recorre da decisão mas a 12 de dezembro de 2014, o Tribunal Geral acaba por dar razão à Comissão Europeia.

No final deste capítulo é possível desde já concluir o seguinte:

.(i) A capitalização com recurso a capitais privados é sempre a via preferível para sanar as dificuldades financeiras de uma instituição mas, em situações de emergência pode não ser possível de concretizar porque os procedimentos impostos por lei obedecem a um conjunto de requisitos que demoram o seu tempo. Por outro lado, está dependente da confiança dos mercados e da vontade dos investidores e uma instituição que não for tida como credível junto do mercado que não conseguir demonstrar a sua solidez interna, rentabilidade e viabilidade a longo prazo da sua atividade, dificilmente poderá cumprir com sucesso um aumento de capital.

É o único mecanismo que não tem custos para o contribuinte. Mantem a instituição em funcionamento sem nenhum constrangimento. Os únicos custos que existem refletem-se no curto prazo nos acionistas que continuam a ter uma participação social na instituição mas por força da subscrição e emissão de novas ações veem essa participação reduzida.

.(ii) A capitalização com recurso a investimento público foi um mecanismo utilizado recentemente pela CGD e pelo BPI, BCP e Banif, sendo que no caso da banca privada, a capitalização foi feita no âmbito das ajudas a Portugal que resultaram na constituição de um fundo, previsto no acordo de entendimento com a *troika*.

Este mecanismo é possível quando a instituição bancária está solvente. A capitalização com recurso a investimento público é financiada pelo erário público (sendo que no caso do fundo negociado no âmbito do acordo de entendimento com a *troika*, os contornos são diferentes) e consequentemente pelos contribuintes. Os acionistas são afetados na medida que há uma redução do capital social por amortização, ou por redução do valor nominal das ações e da supressão do valor nominal das ações e os titulares de instrumentos financeiros contribuem para a capitalização, através do aumento do capital social.

⁵⁵Decisão 2011/346/UE

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

.(iii) A opção pela nacionalização representa a imputação de todos os custos e perdas ao erário público. Ou seja, a nacionalização de um banco é paga pelos contribuintes. Pelo contrário na insolvência, todos os acionistas e credores poderão ter de suportar os prejuízos. Os depositantes estão salvaguardados até ao montante de 100 mil euros, no âmbito do Fundo de Garantia de Depósitos.

.(iii) Algumas notas, ainda a título conclusivo, para a atuação e para os poderes do Banco de Portugal que tem vindo a ser reforçados, tanto no âmbito da sua ação de supervisão prudencial como no momento da opção final. O regulador está sempre presente de forma diferenciada e com mais ou menos preponderância nas soluções a encontrar para o saneamento das instituições financeiras. Isso acontece na capitalização com capitais privados que surge muitas vezes na sequência de recomendações do Banco de Portugal e igualmente na capitalização com capitais públicos, sendo que neste caso, uma recomendação se pode tornar numa obrigação se em causa estiver a estabilidade do sistema financeiro. Aliás, neste caso, o Banco de Portugal pode avançar com a proposta de recapitalização junto do governo, mesmo que a Assembleia Geral não a aprove. Importa referir ainda que a nacionalização, ao contrário de todos os outros mecanismos ao dispor, é talvez a solução que possamos considerar como eminentemente política, porque independentemente dos pareceres do regulador, a opção é sempre do governo. No entanto, também neste caso e do no nosso ponto de vista, também neste caso a decisão do governo pode estar condicionada porque a uma não aceitação pelo Banco de Portugal de um plano de recapitalização pode obrigar o governo a decidir nacionalizar. Na verdade, como vimos, o princípio fundamental que está subjacente aos poderes que são dados ao Banco de Portugal e à opção por um ou outro mecanismo ao dispor é em primeiro lugar a estabilidade do sistema financeiro. E, como vamos ver é também este princípio que está subjacente à resolução.

5. A RESOLUÇÃO. UMA MUDANÇA DE PARADIGMA

A resolução surgiu como alternativa à liquidação judicial, pelos custos da mesma e pela demora na conclusão do processo mas tem sido apresentada sobretudo como uma alternativa à nacionalização, na medida em que esta representa custos muito avultados para os contribuintes. Através da resolução procede-se à alienação parcial ou total da atividade da instituição a outra instituição, ou procede-se à transferência parcial ou total da atividade para um ou mais bancos de transição.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

O mecanismo da resolução está previsto no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, no Decreto-lei 298/92 de 31 de dezembro. Este regime foi alterado pela Lei n.º 23-A/2015 de 26 de março, na sequência da transposição para o ordenamento nacional das Diretivas 2014/49/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril, relativa aos sistemas de garantia de depósitos, e 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio. Desde então já houve mais quatro alterações.

Em concreto a resolução passou a integrar o ordenamento jurídico português a partir de 2012, com a entrada em vigor do Decreto-lei nº 31-A/2012, de 10 de fevereiro que procedeu a alterações no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

À data da aplicação do mecanismo de resolução ao BES tinham sido feitas duas recentes alterações por via do Decreto-lei 114-A/2014 de 1 de agosto e do Decreto-Lei 114-B/2014 de 4 de agosto, aprovados em conselho de ministros no dia 31 de julho, dois dias antes de ser anunciada a aplicação da resolução ao BES. A pedido do Banco de Portugal e tendo em vista a aplicação do mecanismo de resolução ao BES, o governo aprovou alterações que antecipavam já a aplicação da Diretiva 2014/59/EU, de 15 de maio de 2014, com entrada em vigor prevista para janeiro de 2015, mas que no caso em concreto se mostravam como fundamentais para a proceder à resolução.

Em concreto, o Decreto-lei 114-A/2014 transpõe para o ordenamento nacional o princípio segundo o qual acionistas e credores não podem perder mais com uma resolução do que aquilo que perderiam com a liquidação. Tendo em vista a aplicação deste princípio, a avaliação a realizar 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. Por último, o diploma define os passivos que são suscetíveis de serem transferidos aquando da aplicação da medida de resolução. Já o Decreto-lei 114-B/ 2014 de 4 de agosto alarga o leque de opções (modalidades e condições) de alienação (ações representativas do capital social e património) de um banco de transição, tendo em vista a “conservação e maximização” do respetivo valor.

Quando o Banco de Portugal decidiu aplicar o mecanismo de resolução ao BES, 3 de agosto de 2013, a legislação que estava em vigor era o Decreto-lei 298/92 de 31 de dezembro, com as alterações decorrentes do Decreto-lei nº63/A de 2013 e do Decreto-Lei 114-A/2014 de 1 de agosto, porque em rigor o Decreto-lei 114-B/2014 só entrou em vigor a 4 de agosto. Justifica por isso uma análise prévia à legislação em vigor à data, porque foi com base nessa

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

legislação que Portugal foi o pioneiro a nível europeu na aplicação do mecanismo e, posteriormente, uma análise às alterações introduzidas.

A opção pela resolução pode ser tomada (conforme previsto na al.b) do artigo 144º do Decreto-lei 298/92 de 31 de dezembro), nomeadamente, quando as medidas de intervenção corretiva aplicadas (as previstas no artigo 116ºC do Decreto-lei 298/92 de 31 de dezembro) não permitirem recuperar a instituição, sendo por isso consideradas insuficientes. No entanto, tal como previsto no nº4 do artigo 145º - C, a aplicação das medidas de resolução não depende da prévia aplicação de medidas de intervenção corretiva. E por outro lado, como se refere no nº5 do mesmo artigo, o contrário também é possível, ou seja, “a aplicação de uma medida de resolução não prejudica a possibilidade de aplicação, a qualquer momento, de uma ou mais medidas de intervenção corretiva”.

A resolução, segundo o disposto no artigo 145ºA do referido diploma tem por objetivo assegurar a continuidade da prestação de serviços financeiros essenciais, acautelar o risco sistémico, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e salvaguardar a confiança dos depositantes. Pode estar em causa garantir todas estas condições ou qualquer uma delas.

Com a resolução, cabe aos acionistas da instituição de crédito assumir prioritariamente os prejuízos da instituição em causa. Seguem-se os credores, em condições equitativas, de acordo com a hierarquia de prioridades das várias classes de credores, sendo que nenhum credor poderá assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiria caso a instituição tivesse entrado em liquidação (artigo 145º - B).

O Banco de Portugal tem discricionariedade para determinar a extensão da absorção de perdas por parte dos acionistas e dos credores, embora sempre de forma fundamentada no caso de ser necessária a utilização do Fundo de Resolução para absorção das perdas.

Os créditos são reclamados no processo de liquidação.

A iniciativa cabe ao Banco de Portugal (artigo 145ºC) que pode proceder à alienação parcial ou total da atividade a outra instituição autorizada a desenvolver a atividade em causa ou proceder à transferência, parcial ou total, da atividade a um ou mais bancos de transição.

A decisão do Banco de Portugal tem por base a circunstância da instituição não conseguir cumprir ou exista risco sério de que não conseguir cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade.

O risco sério existe quando, de acordo com o nº3 do artigo 145º - C, a instituição de crédito tiver prejuízos e haja fundadas razões para a curto prazo ter prejuízos que acabem por

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

consumir o respetivo capital social; os ativos da instituição de crédito sejam inferiores às respetivas obrigações ou que a curto prazo venham a sê-lo e ainda a impossibilidade da instituição de crédito cumprir as suas obrigações ou haja igualmente fundadas razões para que a curto prazo isso venha a acontecer.

Para além do risco sério de não cumprir os requisitos previstos na autorização de exercício de atividade, a instituição de crédito deve ser considerada pelo Banco de Portugal como “previsivelmente incapaz de conseguir num prazo apropriado, executar as ações necessárias para regressar às condições de solidez e de cumprimento dos rácios prudenciais”.

Para além do poder de iniciativa o Banco de Portugal dirige todo o processo de resolução.

Com a decisão de aplicação da medida de resolução, os órgãos de administração e de fiscalização ficam suspensos e o Banco de Portugal designa os membros do órgão de administração e sem dependência de qualquer limite estatutário.

O Banco de Portugal pode determinar desde logo a alienação, parcial ou total de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob a gestão de uma instituição de crédito (artigo 145º-F). Mas também pode determinar imediatamente a transferência parcial ou total, de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão de uma instituição de crédito para um ou mais bancos de transição com o objetivo de levar a efeito a sua posterior alienação. O banco de transição é uma instituição de crédito com natureza jurídica de banco, cujo capital social é totalmente detido pelo Fundo de Resolução. Quando considerar que estão reunidas as condições necessárias, o Banco de Portugal ou o banco de transição se autorizado para o efeito, podem promover a sua alienação.

O sucesso do mecanismo depende claro está da alienação da atividade e a pressa muitas vezes é inimiga do negócio, ou seja, a urgência em vender nem sempre permite realizar a melhor venda. E este é um risco.

É ao Banco de Portugal que cabe selecionar os ativos e passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão a transferir para o banco de transição (artº 145º-H).

Em todo este processo é fundamental a existência do Fundo de Resolução que tem como missão “prestar apoio financeiro à aplicação de medidas de resolução adotadas pelo Banco de Portugal”.

Participam no Fundo, uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa, as instituições de crédito com sede em Portugal; empresas de investimento (sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário com sede em Portugal); algumas

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

sucursais de instituições de crédito e algumas sucursais de instituições financeiras (artigo 153º - D).

A Lei 23-A/2015 de 26 de março, introduziu alterações aos artigos 2.º-A, 6.º, 14.º -A, 16.º, 22.º, 33.º, 40.º -A, 51.º, 81.º, 115.º -D, 116.º -A, 116.º -C, 116.º -D, 116.º -E, 116.º -F, 116.º -, 116.º -H, 116.º -I, 116.º -J, 116.º -K, 116.º -L, 116.º -M, 116.º -N, 116.º -O, 120.º, 129.º -B, 135.º -C, 138.º -C, 141.º, 142.º, 143.º, 144.º, 145.º, 145.º -A, 145.º -B, 145.º -C, 145.º -D, 145.º -E, 145.º -F, 145.º -G, 145.º -H, 145.º -I, 145.º -J, 145.º -L, 145.º -M, 145.º -N, 145.º -O, 146.º, 147.º, 148.º, 152.º, 153.º, 153.º -B, 153.º -C, 153.º -D, 153.º -F, 153.º -G, 153.º -H, 153.º -I, 153.º -J, 153.º -M, 154.º, 155.º, 156.º, 157.º, 159.º, 160.º, 161.º, 162.º, 163.º, 164.º, 165.º, 166.º, 166.º -A, 167.º, 167.º -A, 196.º, 198.º, 199.º -I, 211.º, 227.º -B e 227.º -C do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

Destacam-se os seguintes aspetos:

De acordo com uma análise feita pela Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados Sociedade de Advogados, de março de 2015, “a Lei procede ao alargamento do leque das medidas de resolução”. Assim, à alienação total ou parcial da atividade e da transferência (também total ou parcial) da atividade para uma instituição de transição, junta-se agora a possibilidade do Banco de Portugal poder optar pela “transferência de direitos e obrigações de uma instituição de crédito objeto de resolução ou da instituição de transição para veículos de gestão de ativos para o efeito constituídos (segregação de ativos)”, conforme previsto no artigo 145º - S.

Esta opção permite “maximizar o valor dos ativos com vista a uma posterior alienação ou liquidação”. A seleção dos ativos (direitos e obrigações) a transferir é também da responsabilidade do Banco de Portugal (artigo 145º - T) e não depende do “consentimento de acionistas, terceiros ou partes nos contratos em causa”, nº 10 do artigo 145º - S.

No entanto, o artigo 145º - E refere um conjunto de ações que estão vedadas ao Banco de Portugal caso proceda à transferência parcial de direitos e obrigações de uma instituição de crédito objeto de resolução, de uma instituição de transição ou de um veículo de gestão de ativos para outra instituição, ou caso o Banco de Portugal decida afastar a aplicação ou modificar os termos e condições de um contrato no qual a instituição de crédito objeto de resolução seja parte, ou transmitir a um terceiro a posição contratual do transmissário, para o qual foram transferidos direitos, obrigações, ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, sem o consentimento do outro contraente. Nestes casos, o Banco de Portugal não pode, “transferir os ativos dados em garantia, salvo se

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

as obrigações em causa e os direitos conferidos pela garantia forem também transferidos”; “transferir obrigações garantidas, salvo se os direitos conferidos pela garantia forem também transferidos”; “transferir os direitos conferidos pela garantia, salvo se a obrigação em causa for também transferida” e ainda “modificar ou extinguir um contrato no âmbito do qual tenha sido prestada uma garantia quando o efeito dessa modificação ou extinção for a extinção dessa mesma garantia”.

A lei prevê ainda a possibilidade do Banco de Portugal decidir que se proceda à recapitalização interna (bail-in), conforme previsto no artigo 145º - U, para reforçar os fundos próprios “na medida suficiente que lhe permita voltar a cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade e obter financiamento de forma autónoma e em condições sustentáveis junto dos mercados financeiros”.

Esta medida tendo em vista restabelecer a solidez financeira é aplicada conjuntamente com outras, com o Banco de Portugal a ter poderes para proceder à redução do valor nominal dos créditos que constituam passivos da instituição de crédito e que, entre outros aspetos, não sejam instrumentos de fundos próprios, bem como para aumentar o capital social da instituição em causa por conversão dos créditos acima referidos, mediante a emissão de ações ordinárias ou outros títulos representativos do seu capital social. Segundo se explica no parecer acima referido e consta das alíneas a) e b) do artigo 145º - U, “cabe ao BdP determinar, em concreto, o montante da redução de modo a assegurar que os capitais próprios da instituição de crédito sejam iguais a zero, bem como fixar o montante de créditos elegíveis de modo a garantir o cumprimento do rácio de fundos próprios principais de nível 1 que permita à instituição manter a autorização para o exercício da sua atividade durante pelo menos um ano e obter financiamento de forma autónoma e em condições sustentáveis junto dos mercados financeiros. Até ao dia 31 de dezembro de 2015 esta medida não poderá ser aplicada a nenhum depósito garantido pelo Fundo de Garantia de Depósitos (FGD) que beneficie de privilégio creditório, nos termos do artigo 166.º-A, n.º 4 do RGICSF (os créditos por depósitos de pessoas singulares e de micro, pequenas e médias empresas no montante que exceda o limite da garantia do FGD, bem como a totalidade dos créditos por depósitos dessas pessoas e empresas constituídos através de sucursais estabelecidas fora da União Europeia de instituições participantes, relativamente aos quais não se verifique nenhuma das situações previstas na lei de exclusão da garantia).

A lei elenca, a título exemplificativo, no artigo 145º - AB, os poderes de resolução do Banco de Portugal, o que significa que outros podem ser exercidos para além dos previstos.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Refira-se por exemplo que o Banco de Portugal pode dispensar a observância das normas prudenciais; suspender as obrigações de pagamento ou entrega a que esteja sujeita a instituição objeto de resolução; restringir a possibilidade de credores beneficiários de garantias reais executarem as suas garantias; suspender, tendo em conta o impacto no funcionamento dos mercados financeiros, os direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições nos contratos celebrados com a instituição objeto de resolução, desde que as obrigações de pagamento e de entrega e a prestação de garantias continuem a ser cumpridas; encerrar temporariamente balcões ou outras instalações da instituição objeto de resolução; exigir a emissão de novas ações ou de outros valores mobiliários; modificar a data de vencimento de instrumentos de dívida e de outros créditos elegíveis sobre a instituição de crédito objeto de resolução e, entre outros, liquidar e extinguir contratos financeiros ou derivados.

O diploma passa a prever no seu artigo 145ºH que antes da aplicação de uma medida de resolução, o Banco de Portugal deve designar “uma entidade independente”, para fazer uma avaliação justa, prudente e realista dos ativos, passivos e elementos extrapatrimoniais da instituição em causa.

Por outro lado, surgem de forma detalhada os elementos que devem constar dos planos de recuperação (artigos 116- D e 141º) e de resolução (artigos 116º - J, 116º - K, 116º - L) por parte das instituições de crédito.

Por forma a garantir a estabilidade do grupo, passam a ficar estabelecidas as regras de apoio financeiro entre o grupo (artigos 116 – S e 116º - T), incluindo o caso de empresas transfronteiriças.

Definem-se igualmente as regras de cessação de funções dos órgãos sociais (artigo 145º - F). O Banco de Portugal passa a poder designar “para a instituição de crédito objeto de resolução novos membros do órgão de administração, uma comissão de fiscalização ou fiscal único e pode ainda “determinar a eliminação ou alteração de cargos de direção de topo ou a cessação da afetação a esse cargo dos respetivos titulares e designar novos titulares para exercer tais funções”

Relativamente ao Fundo de Resolução são igualmente introduzidas alterações, nomeadamente ao nível do financiamento, prevendo-se a possibilidade do Fundo contrair e conceder empréstimos (artigo 153º - F).

5.1. A BDDR – BANK RECOVERY AND RESOLUTION DIRECTIVE

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

A Lei 23-A/2015, de 26 de março transpõe na sua totalidade a Diretiva Europeia 2014/59/EU de 15 de maio de 2014, a qual deve merecer também a nossa atenção, sobretudo no que se refere ao preâmbulo, revelador da mudança de paradigma que se regista na EU: Ou seja, os prejuízos dos bancos insolventes devem ser suportados pelos acionistas e credores e não pelo contribuinte. Pretende-se uma efetiva separação entre Estados e bancos.

A diretiva parte da consciência que se tornou mais evidente em 2008 de que a situação de insolvência de uma instituição transfronteiriça afeta a estabilidade dos mercados financeiros nos diferentes estados membros. Os regimes aplicados às empresas insolventes por cada estado membro mesmo com adaptações não são adequados para as instituições financeiras.

A Diretiva 2014/59/EU permite dotar os Estados Membros de instrumentos de recuperação e resolução suficientes para enfrentar crises sistémicas e situações de insolvência das instituições financeiras.

Pretende-se uma intervenção precoce e rápida nas instituições em situação precária ou de insolvência. Um sistema em que sejam os acionistas os primeiros a suportar as perdas, seguidos dos credores (sendo que estes não poderão ter perdas para além das que teriam num caso comum de liquidação judicial). Um sistema em que seja minimizado os custos para o Estado e conseqüentemente para os contribuintes. Atribuir mais poderes às autoridades para poderem manter em permanência o acesso aos depósitos, às operações de pagamento, vender partes viáveis da instituição e distribuir perdas de forma justa e previsível. Evitar assim a desestabilização dos mercados financeiros.

É neste poder das autoridades de resolução que assenta grande parte da eficácia do processo. As autoridades de resolução assumem o controlo diretamente ou por indicação do governo. Estamos a falar da possibilidade de transferir ações, ativos, direitos e passivos de uma instituição em situação de insolvência para outra instituição ou para uma instituição de transição, para reduzir ou extinguir ações, para reduzir e converter passivos, para substituir os membros do órgão de administração, para impor uma moratória temporária sobre o pagamento dos créditos e ainda o poder de exigir a continuidade dos serviços essenciais por outras partes do grupo, para eliminar direitos de terceiros sobre os instrumentos ou ativos transferidos, para obrigar ao cumprimento dos contratos, para “impor restrições proporcionais aos direitos das contra partes no que se refere à cessação, antecipação ou a qualquer outra forma de rescisão dos contratos financeiros”, enquanto identificam os contratos que devem ser transferidos.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Estes poderes são conferidos ao abrigo do que a Diretiva considera como a “gestão de crises”, justificação para a “grande margem de discricionariedade”.

Deste poder ou poderes das autoridades de resolução admite-se recurso.

Esta margem deve no entanto ter em consideração avaliações económicas complexas e são essas avaliações que são utilizadas pelos tribunais para analisar as medidas de gestão de crises. Aos tribunais cabe avaliar se os dados em que a autoridade de resolução se baseia são “factualmente rigorosos, fiáveis e coerentes, se incluem todas as informações relevantes que deverão ser tidas em conta para avaliar uma situação complexa e se podem fundamentar as conclusões tiradas a partir deles”.

A apresentação de um recurso não leva à suspensão automática dos efeitos da decisão contestada porque parte da presunção de que a sua suspensão seria contra o interesse público.

Mesmo em relação a terceiros que de boa fé tenham adquirido ativos, direitos e passivos da instituição objeto de resolução, “o direito de recurso não afeta os atos administrativos subsequentes nem as transações concluídas com base na decisão anulada”. Assim sendo, o direito do lesado limita-se à atribuição de uma indemnização pelos prejuízos sofridos.

A Diretiva admite que as medidas que contempla podem por em causa o direito de propriedade e o direito de igualdade e portanto faz prevalecer o interesse público em relação aos demais, ressalvando, no entanto, que qualquer interferência deve ser compatível com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁶.

“O poder das autoridades para transferir as ações e a totalidade ou parte dos ativos de uma instituição para um adquirente privado, sem o consentimento dos acionistas, afeta os direitos de propriedade desses mesmos acionistas. Além disso, o poder de decidir quais os passivos a transferir de uma instituição em situação de insolvência, com o objetivo de garantir a continuidade dos serviços e de evitar efeitos negativos para a estabilidade financeira pode afetar a igualdade de tratamento dos credores. Por conseguinte, só deverão ser tomadas medidas de resolução caso tal seja necessário para a defesa do interesse público”.⁵⁷

⁵⁶O artigo 52º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia refere no seu nº1: “Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.”

⁵⁷Artigo 13º do preâmbulo da Diretiva 2014/59/EU de 15 de maio de 2014, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Em particular a Diretiva destaca a necessidade de direitos iguais não serem tratados de forma diferente nem de forma discriminatória em razão por exemplo da nacionalidade. Neste âmbito, refere também a Diretiva que só o interesse público justifica que, por exemplo, dois credores da mesma categoria sejam tratados de forma diferenciada. No entanto, esta situação a registar-se deverá ser proporcional aos riscos e não deve ser discriminatória em função da nacionalidade.

Na Diretiva determina-se que o regime da resolução deve ser aplicado de forma apropriada e proporcionada.

Acionistas e credores não podem suportar perdas superiores às que teriam numa situação de liquidação, “no momento em que é desencadeada a resolução”.

E, em caso de transferência parcial dos ativos de uma instituição para um adquirente privado ou para uma instituição de transição, a parte restante que será objeto de resolução é liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência e “no quadro dessa liquidação os acionistas e credores remanescentes tem direito a receber uma indemnização pelos seus créditos”. Esse valor não pode ser inferior ao que receberiam se a instituição tivesse sido totalmente liquidada, ao abrigo do processo normal de insolvência.

Para a preservação deste princípio, a Diretiva obriga a que sejam definidas regras claras de avaliação dos ativos e passivos da instituição e uma “avaliação do tratamento que os acionistas e credores receberiam se a instituição tivesse sido liquidada ao abrigo de processos normais de insolvência”. Esta avaliação deve ser feita de preferência na fase preliminar, antes da aplicação da resolução. Após a aplicação da resolução deve igualmente ser feita uma comparação entre o tratamento dado a acionistas e credores e aquele que teriam tido ao abrigo dos processos normais de insolvência. Se se comprovar que na comparação ficaram a perder devem ser ressarcidos.

Define-se como princípios a seguir:

- a) acionistas e credores suportam uma parte “adequada” é o termo utilizado, das perdas;
- b) os membros do órgão de administração deverão ser substituídos;
- c) os custos da resolução são minimizados;
- d) credores da mesma categoria são tratados de forma equitativa.

As perdas devem ser absorvidas pela pessoa coletiva, ou seja, as perdas dentro do grupo devem ser distribuídas pelo grupo “em função do nível de risco das pessoas coletivas que o constituem”. Essa capacidade para absorver as perdas deve ser distribuída dentro do grupo em

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

função do nível de risco de cada uma. E “todos os ativos e passivos da instituição, independentemente do país em que se encontrem são tratados num processo único no Estado de origem”. Por outro lado, “o credores dos Estados Membros de acolhimento beneficiam do mesmo tratamento que os credores dos Estados Membros de origem”.

Quando a instituição entra em insolvência, as perdas devem ser reconhecidas mas a Diretiva admite que face à urgência da situação seja feita apenas uma avaliação rápida dos ativos e dos passivos, remetendo para momento posterior a realização de uma avaliação independente. Uma situação que do nosso ponto de vista deixa uma margem de risco na correta avaliação dos passivos a transferir de uma instituição em situação de insolvência.

As autoridades de resolução podem excluir total ou parcialmente determinados passivos se assim se revelar necessário para evitar o contágio da situação ao sistema financeiro.

Na análise para a aplicação do mecanismo resolução, a Diretiva define quais são os aspetos a considerar pelas autoridades:

- a) a natureza das atividades das instituições;
- b) a estrutura acionista;
- c) a forma jurídica;
- d) o perfil de risco;
- e) a dimensão;
- f) o estatuto jurídico;
- g) a interligação com outras instituições e com o sistema financeiro;
- h) a complexidade das atividades que desenvolve;
- i) o apoio financeiro intragrupo;
- j) a participação num sistema de proteção institucional ou em sistemas de solidariedade mutualizados;
- k) os serviços ou atividades de investimento;
- l) os eventuais efeitos negativos nos mercados financeiros, noutras instituições, nas condições de financiamento e na economia geral, decorrente de um processo normal de insolvência e liquidação judicial.

Considera ainda a Diretiva que a resolução só deve avançar e simultaneamente não deve ser adiada, quando não for possível, num prazo razoável, uma recapitalização por privados ou mesmo a liquidação sem prejuízo do sistema financeiro e “quando as medidas forem necessárias para assegurar a rápida transferência e a continuidade das funções de importância sistémica”.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

A resolução exige uma “ação rápida e coordenada para manter a confiança dos mercados e minimizar o contágio”. Ou seja, não tem que ter existido necessariamente uma intervenção precoce.

De preferência a resolução deve acontecer antes da injeção de capital público ou da concessão de apoio público extraordinário, o que, no entanto, não impede o recurso a apoio financeiro público extraordinário, a fundos de resolução ou a sistemas de garantia de depósitos para assistir à resolução, desde que, claro, cumprida a legislação em matérias de auxílios estatais.

Apesar do âmbito ser alargado, a Diretiva determina que para cada instituição, dependendo das suas especificidades, os planos de recuperação e resolução podem ser adaptados.

Os Estados Membros são livres para escolher quais as autoridades devem ser responsáveis pela aplicação dos instrumentos de resolução. No entanto, a Diretiva determina que se a autoridade de resolução for atribuída à autoridade que tem a competência para a supervisão, as duas deverão estar claramente separadas.

Mesmo não tendo poder de decisão, a Diretiva determina que os ministérios das Finanças devem estar a todo o tempo envolvidos no processo de resolução. Situação justificada pelas implicações do processo na situação financeira e económica do Estado membro mas também pela necessidade que pode existir de recorrer à utilização de fundos públicos.

Por sua vez, os bancos centrais deverão ter poderes para impor medidas preparatórias e preventivas. A ideia subjacente a todo o diploma é a de que não seja preciso chegar ao ponto de acionar o mecanismo de resolução. Pretende-se que as autoridades nacionais tenham o poder de ir corrigindo as falhas que surgem, preservando a estabilidade financeira.

Mais do que legislar sobre a resolução, a Diretiva pretende agir a nível preventivo e daí a questão da existência de planos de recuperação obrigatórios que possam definir as medidas a tomar pela instituição caso a sua situação se degrade, permitindo o restabelecimento, antes mesmo que seja necessário acionar o mecanismo de resolução.

Na fase de recuperação e intervenção precoce, se o Banco de Portugal não designar um administrador temporário, os acionistas podem continuar a deter a inteira responsabilidade e o controlo da instituição. Só deixarão de exercer essas funções quando a instituição for objeto de resolução.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Ou seja, pretende-se agir atempadamente permitindo corrigir falhas que possam existir. É assim que se justificam os poderes que a Diretiva dá às autoridades competentes que são dotadas de poderes de intervenção precoce, podendo como se referiu nomear um administrador temporário para substituir ou para trabalhar em conjunto com a administração.⁵⁸

A Diretiva exige que os planos de recuperação sejam pormenorizados, baseados em pressupostos realistas e em cenários diferentes, graves e severos. Os planos de recuperação dos grupos com relações transfronteiriças e o impacto das medidas em todos os Estados envolvidos deve ser avaliado. Ou seja, os planos de recuperação e resolução devem ser elaborados considerando o universo do grupo, definindo as medidas comuns e as específicas para a instituição-mãe e para todas as filiais do grupo. O impacto das medidas deve igualmente ser avaliado.

Os planos estão sujeitos a confidencialidade mas devem ser partilhados com todas as autoridades relevantes.

Caberá às autoridades competente verificarem se os planos são capazes de permitir a viabilidade da instituição mesmo em períodos de grave tensão financeira e exigirem correções, mesmo que esteja em causa em liberdade da própria empresa em tomar as suas decisões⁵⁹. Este poder discricionário no entanto é limitado ao “necessário para simplificar a estrutura e as operações da instituição exclusivamente com vista à melhoria da sua resolubilidade”. Um poder justificado pela necessidade de evitar que as instituições financeiras cresçam demasiado, correndo riscos desnecessários.

Note-se que há entidades que dada a sua reduzida dimensão podem ser dispensadas de apresentar planos de recuperação ou resolução, ou seja, aquelas que estão associadas a um organismo central e total ou parcialmente dispensadas de requisitos prudenciais no direito nacional.⁶⁰

⁵⁸ Veja-se sobre os poderes de intervenção precoce o disposto da Diretiva 2013/36/EU.

⁵⁹ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 16º: “É reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

⁶⁰ Veja-se a este propósito o artigo 21º da Diretiva 2013/36/EU que remete para o artigo 10º do Regulamento (EU) nº575/2013 e que faz referencia às entidades excecionadas e aos requisitos para que assim sejam consideradas todas as instituições de crédito situadas no mesmo Estado-Membro e associadas de modo permanente a um organismo central que as supervisiona e que está estabelecido no mesmo Estado-Membro.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Mas mesmo quando se revela necessário acionar o mecanismo da resolução, a Diretiva determina que essa intervenção deve acontecer atempadamente, quando o risco já se torna evidente e não quando a instituição se encontra numa situação de insolvência contabilística. Ou seja, o risco de insolvência é fator bastante para acionar o mecanismo da resolução mas o facto de a instituição deixar de cumprir os requisitos para a autorização não é fator único e bastante para justificar a resolução, se a instituição continuar a ser viável ou potencialmente viável.

Por outro lado, a necessidade de liquidez por parte do banco central também não é fator suficiente para se considerar que uma instituição não é capaz ou não irá ser capaz de pagar as suas dívidas na data de vencimento.

Há risco quando a instituição “não cumprir ou estiver em risco de não cumprir, num futuro próximo, os requisitos para a manutenção da autorização, quando os ativos forem ou estiverem em risco de ser, dentro de pouco tempo, inferiores aos seus passivos, quando a instituição for incapaz ou estiver em risco de ser, dentro de pouco tempo incapaz de pagar as suas dívidas na data de vencimento, ou quando a instituição necessitar de apoio financeiro público extraordinário (número 41 do preâmbulo).

A Diretiva define os seguintes instrumentos de resolução:

- a) alienação da atividade;
- b) a criação de uma instituição de transição;
- c) segregação de ativos;
- d) recapitalização interna.

Estes instrumentos podem ser aplicados isoladamente ou em conjunto, à exceção da segregação de ativos que só pode ser aplicado juntamente com outro, “para evitar uma vantagem concorrencial indevida para a instituição em situação de insolvência”.

A instituição de transição tem como principal objetivo garantir a continuidade dos serviços financeiros essenciais prestados aos clientes da instituição em situação de insolvência. A ideia é que continue e ser administrada para que possa ser colocada no mercado ou ser liquidada se não for viável.

A recapitalização interna é vista pela Diretiva como uma forma de permitir as autoridades de resolução mais flexibilidade para distribuir as perdas pelos credores e garantir a continuidade das suas atividades, existindo claro uma perspectiva de viabilidade.

A recapitalização interna deve, segundo o diploma, ser “aplicado a um leque tão alargado quanto possível dos passivos não garantidos de uma instituição em situação de

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

insolvência” mas há alguns que logo à partida ficam excluídos: depósitos cobertos ao abrigo do sistema de garantia de depósitos,⁶¹ certos passivos perante os trabalhadores ou créditos comerciais relacionados com bens e serviços críticos para o funcionamento da instituição, às responsabilidades da instituição relativamente ao regime de pensões, passivos decorrentes de uma participação em sistemas de pagamento com prazo de vencimento inferior a sete dias e passivos perante instituições (exceto as que fazem parte do mesmo grupo), com um prazo de vencimento inicial inferior a 7 dias.

Ainda uma palavra final sobre o Fundo de Resolução que não deve ser financiamento pelo Orçamento do Estado e controlados pela autoridade de resolução. Os Estados membros devem estabelecer mecanismos de financiamento e deve ser o sector financeiro no seu conjunto a financiar a estabilização do sistema financeiro. As contribuições, segundo a Diretiva, devem ser cobradas ao sector financeiro antes e independentemente de qualquer operação de resolução. E devem ser cobradas contribuições adicionais para “suportar custos e ou perdas adicionais”.

5.2. O BES. UMA EXPERIÊNCIA DE RESOLUÇÃO

O Banco Espírito Santo foi o primeiro banco a ser alvo de uma medida de resolução a nível europeu, sem que ainda tivesse entrado em vigor a Diretiva que regulou essa matéria e tendo apenas por base a legislação à data em vigor a nível nacional e outros princípios que já estavam assentes a nível europeu e que viriam a integrar a Diretiva.

A decisão foi comunicada pelo Governador do Banco de Portugal no dia 3 de agosto de 2014: “O Conselho de Administração do Banco de Portugal deliberou hoje aplicar ao Banco Espírito Santo, S.A. uma medida de resolução. A generalidade da atividade e do património do Banco Espírito Santo, S.A. é transferida para um banco novo, denominado Novo Banco, devidamente capitalizado e expurgado de ativos problemáticos”.

Logo aqui neste parágrafo inicial, o Banco de Portugal tornava clara a opção pela transferência da atividade ⁶² para um banco de transição, conforme previsto na al. b) do nº1 do artigo 145º C.

⁶¹ Diretiva 2014/49/UE

⁶² Ativos, passivos, elementos extra patrimoniais a ativos sob gestão do BES que constam do anexo 2 à deliberação do Banco de Portugal de 3 de agosto. De acordo com o artigo 145º - H do RGICSF cabe ao Banco de Portugal selecionar esses ativos, passivos e elementos extrapatrimoniais.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

O mesmo comunicado explicava depois as razões que levaram a esta tomada de decisão. Referia-se que no dia 30 de julho de 2014, o Banco Espírito Santo tinha revelado os resultados do 1º semestre de 2014 e apresentava um prejuízo de 3.577 milhões de euros, “sendo a quase totalidade deste prejuízo, 3.488 milhões, atribuída ao 2º trimestre de 2014”. Segundo o Banco de Portugal, estes prejuízos ultrapassavam largamente “os valores previsíveis à luz da informação até então disponibilizada pelo Banco Espírito Santo e pelo auditor externo”.

Refere ainda o Banco de Portugal, na comunicação que fez, que se registou um agravamento dos resultados relativamente ao que estava previsto a 11 de julho, quando o Banco de Portugal tinha feito um outro comunicado onde garantia que a almofada de capital do BES no montante de 2,1 mil milhões de euros era suficiente para acomodar impactos negativos decorrentes da exposição ao ramo não financeiro do Grupo Espírito Santo, sem pôr em causa o cumprimento dos rácios mínimos em vigor e, justifica esse agravamento com um conjunto de atos de gestão prejudiciais aos interesses do BES (um esquema de financiamento fraudulento entre as empresas do grupo) e em “clara violação das determinações emitidas pelo Banco de Portugal”.

O Banco de Portugal refere em concreto as operações levadas a efeito pelos administradores, sem conhecimento do Banco de Portugal, como era obrigação à data e determina a avaliação de responsabilidades individuais pelo sucedido, no âmbito de uma auditoria forense.

O comunicado explica ainda a magnitude das perdas, nomeadamente o incumprimento dos rácios mínimos, a queda das ações com a perceção pública do que estava a acontecer, o corte da notação de rating e a existência de uma gestão danosa que, segundo o Banco de Portugal, “agravou a incerteza relativamente ao seu balanço, inviabilizando uma capitalização privada no curto prazo”.

Sendo certo que no dia 31 de julho, o BES comunicou ao Banco de Portugal a impossibilidade de promover a recapitalização nos termos e nos prazos solicitados pelo Banco de Portugal e que no dia 1 de agosto, o Conselho do Banco Central Europeu (BCE) decidiu suspender o estatuto de contraparte do BES, com efeitos a partir de 4 de agosto de 2014⁶³, a

⁶³A decisão do BCE foi tomada após uma teleconferência que se realizou ao meio dia de 1 de agosto e durante a qual, o BCE aceitou adiar a suspensão do estatuto de contraparte do BES até dia 4, 6ªfeira, mediante a concretização da resolução durante o fim de semana (como sempre aconteceu nos EUA), a tempo da abertura dos mercados na 2ªfeira.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

par da obrigação de reembolsar integralmente o seu crédito junto do Eurosistema, de cerca de 10 mil milhões de euros, no fecho das operações, no dia 4 de agosto.

Segundo a ata da reunião extraordinária do conselho de Administração do Banco de Portugal, “a decisão do BCE de suspensão do BES como contraparte de operações de política monetária tornou insustentável a situação de liquidez deste, que já tinha sido obrigado a recorrer excecionalmente, com especial incidência nos últimos dias, a cedência de liquidez em situação de emergência por parte do Banco de Portugal”.

A decisão, viria posteriormente a explicar o Governador do Banco de Portugal, à Comissão Parlamentar de Inquérito à Gestão do BES e do GES, foi tomada na noite de 31 de julho e na madrugada de 1 de agosto e a resolução era a única medida de contingência exequível, num curto espaço de tempo e que salvaguardava a estabilidade do sistema financeiro.

Nesta conformidade, o Banco de Portugal justifica a resolução com base no artigo nos nºs 1 e 3, alínea c) do artigo 145 - C do RGICSF - DL nº298/92 de 31/12/1992, ao esclarecer que os referidos factos colocaram o BES “numa situação de risco sério e grave de incumprimento a curto prazo das suas obrigações e, em consequência, de incumprimento dos requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade”.

Acrescenta ainda, dando cumprimento aos requisitos exigidos pelo artigo 145º - A do RGICSF - DL nº298/92 de 31/12/1992 que “tendo em conta a relevância do BES no sistema bancário e no financiamento da economia portuguesa, o risco de cessação de pagamentos ou de incapacidade para cumprir as suas obrigações, constituía um risco elevado de contágio, pondo em causa a estabilidade do sistema financeiro nacional”.

A solução adotada, de acordo com o Banco de Portugal teve por objetivo: Garantir a proteção dos depósitos (de al. d) 145ºA do referido diploma) e assegurar a estabilidade do sistema financeiro (al.b) 145º A do RGICSF - DL nº298/92 de 31/12/1992).

Com efeito, lembra o Conselho de Administração do Banco de Portugal de que é “imprescindível ter em conta que a dimensão do BES, a sua qualificação como instituição de crédito significativa para efeitos de supervisão europeia e a sua importância no sistema financeiro nacional e no financiamento a economia, são fatores que têm associado um inequívoco risco sistémico”.

Esse risco sistémico é ainda justificado pela quota de mercado em Portugal do BES em matéria de captação de depósitos e concessão de empréstimos e financiamento a atividades financeiras e seguradoras, com forte interatividade com o resto do sistema financeiro.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Relativamente ao banco de transição (designado por Novo Banco) e à sua criação e funcionamento, o Banco de Portugal esclarece nesse primeiro comunicado o seguinte:

O Novo Banco continuará a assegurar a atividade desenvolvida pelo BES e pelas suas filiais, em Portugal e no estrangeiro, protegendo os seus clientes e depositantes, sem que haja perdas para os depositantes;

Nos estatutos do Novo Banco, no seu artigo 3º, pode ler-se que “o Novo Banco, SA, tem por objeto a administração dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão transferidos do Banco Espírito Santo, SA, para o Novo Banco, SA, e o desenvolvimento das atividades transferidas, tendo em vista as finalidades enunciadas no artigo 145º - A do RGICSF, e com o objetivo de permitir uma posterior alienação dos referidos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão para outra ou outras instituições de crédito”.

O capital social do Novo Banco será de 4900 milhões de euros, detido na totalidade pelo Fundo de Resolução (artigo 4º dos Estatutos do Novo Banco).

Note-se no entanto que o Fundo de Resolução (cujos recursos resultam das contribuições iniciais e periódicas das instituições financeiras e das receitas provenientes da contribuição que incide sobre o sector bancário), apesar de ter sido criado pelo DL nº298/92 de 31 de dezembro, na prática ainda não existia. Esta situação, não prevista na lei, obrigou o Fundo a contrair um empréstimo temporário junto do Estado. Um empréstimo que segundo o Banco de Portugal deveria ser “temporário, remunerado e substituível por empréstimos de instituições de crédito”.

Assim justifica o Banco de Portugal que ao contrário do que havia acontecido no passado, a medida não teria “qualquer custo para o erário público, nem para os contribuintes”.

A ata da reunião do Conselho de Administração do Banco de Portugal também reforçava esta situação, ao afirmar que os recursos do Estado assumiriam apenas a natureza de operação de financiamento do fundo e não de capitalização.

Na justificação da bondade da medida, o Banco de Portugal reitera a mudança de paradigma com a convicção de que a solução encontrada para além de “adequada à realização das finalidades legalmente definidas de proteção dos depositantes, prevenção dos riscos sistémicos, promoção do crédito à economia”, é também a que melhor salvaguarda os interesses dos contribuintes, nomeadamente por comparação com “uma hipotética medida de recapitalização pública, mesmo na modalidade de capitalização obrigatória”. O Banco de Portugal reforça ainda esta última ideia ao considerar que em todo o caso a capitalização não

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

seria viável dada a situação de urgência e o risco iminente de incumprimento das obrigações do BES.

A capitalização, segundo o Banco de Portugal não assegurava nem a segregação necessária em relação do Grupo Espírito Santo, nem a proteção dos recursos públicos relativamente aos riscos próprios da atividade bancária. Adianta em novembro, num outro comunicado, ⁶⁴que seguindo a opção da recapitalização pública “os riscos do balanço e outras contingências associadas às práticas adotadas pela anterior gestão do BES não poderiam ser segregados, ao contrário do que acontece numa resolução” e por isso teriam de ser assumidos pelo contribuinte.

Lembrava ainda a este propósito que mesmo na capitalização, os acionistas e titulares de instrumentos de capital e de dívida subordinada, “seriam obrigatoriamente sujeitos a medidas de repartição de encargos ("burden sharing"), como condição "sine qua non" de qualquer operação de capitalização com recurso a fundos públicos. Isto significa que tanto na recapitalização pública como na resolução, relativamente à repartição de encargos, os acionistas e credores subordinados seriam obrigatoriamente, em primeiro lugar, chamados a absorver as perdas do BES.

A Resolução de acordo com a alínea a) do artigo 145.º - B do RGICSF prevê que os acionistas devem suportar prioritariamente os prejuízos da instituição e, neste âmbito, na reunião do Conselho de Administração do Banco de Portugal, de dia 3 de agosto de 2014, são lembrados os princípios do direito que orientam a opção.

Trata-se de uma norma sustentada pelo princípio do ordenamento jurídico português, segundo o qual se deve tratar de modo equitativo os credores inseridos dentro da mesma classe, prevendo-se que determinados credores recebam tratamento mais favorável que outros, desde que estes últimos não assumam um prejuízo maior do que aquele que assumiriam caso essa instituição de crédito tivesse entrado em liquidação.

Um outro princípio orientador relevante para assegurar a adequação e proporcionalidade da medida é a regra estabelecida no artigo 145.º - I do RGICSF, segundo a qual o eventual remanescente do produto da alienação é devolvido à instituição de crédito originária, ou à sua massa insolvente.

⁶⁴ Intervenção inicial do Governador do Banco de Portugal, Carlos Costa, na Comissão Parlamentar de inquérito à gestão do BES e do Grupo Espírito Santo, 17 de novembro de 2014, disponível em www.bportugal.pt

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Os administradores do BES, escolhidos pelo Banco de Portugal, transitaram para o Novo Banco que desde o primeiro momento tinha como pressuposto promover em função das condições de mercado a tomada de participações significativas por investidores privados, ou seja, a sua alienação aos privados.

Um desígnio que no caso do BES, à data em que este trabalho está a ser elaborado ainda não se realizou. A presença do Fundo de Resolução no capital do Novo Banco é temporária e, por isso, o Banco de Portugal tinha definido a título meramente indicativo proceder à venda da participação acionista no horizonte de um ano. Contudo, no dia 15 de setembro, o Banco de Portugal decidiu interromper o processo de venda da participação do Fundo de Resolução no novo banco e concluir o processo em curso sem aceitar qualquer das 3 propostas vinculativas, pelo facto de as mesmas não serem satisfatórias. A venda foi remetida para momento a definir quando as incertezas subjacentes ao processo fossem ultrapassadas.

Segundo o Banco de Portugal, as propostas não alcançaram um patamar considerado aceitável. O desfecho, segundo a instituição, deve ser compreendido à luz de fatores de incerteza que envolveram o processo de venda, alguns de natureza excecional. Às dificuldades inerentes à génese do Novo Banco e aos seus antecedentes juntaram-se outras de natureza exógena⁶⁵. Um dos fatores de incerteza mais determinante, segundo revelou o Banco de Portugal em comunicado, diz respeito às necessidades de reforço de fundos próprios a que o Novo Banco pode vir a estar sujeito, por determinação da autoridade de supervisão prudencial, que no decurso do procedimento passou a ser o BCE, uma vez que o banco está sujeito aos testes de esforço com supervisão direta do BCE, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão. E na verdade no final de 2015, o Novo Banco e as outras entidades sujeitas à supervisão ficarão a saber se será necessário proceder a um reforço dos fundos próprios. Esta situação tornou incerto o montante a desembolsar pelos potenciais compradores com a operação de compra e pode obrigar também a uma ajuda suplementar do Fundo de Resolução. Caso o dinheiro depositado pela banca não seja suficiente, o Estado pode ser obrigado a fazer uma nova contribuição. Em alternativa, o Novo Banco terá de vender ativos ou a banca terá de fazer uma contribuição extraordinária.

Não havendo venda para pagar o empréstimo feito pelo Estado, cabe à banca reembolsar o Estado, aqui se inclui também a CGD, banco público, e por esta via, indireta, há

⁶⁵ Agudizar da crise grega e a incerteza que essa situação causou relativamente ao funcionamento da União Económica e Monetária e a perturbação nos mercados financeiros asiáticos.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

quem considere que afinal os contribuintes, ao contrário da intenção para que foi criada, também a resolução possa ter custos para os contribuintes.

Quando ouvida pela Comissão Parlamentar de Inquérito à Gestão do BES e do GES, a ministra das Finanças lembrou que o valor afeto à resolução do BES, por parte do Fundo de Resolução correspondia a 4.900 milhões de euros, dos quais 3.900 milhões de euros foram emprestados pelo Estado, devendo o seu reembolso ser efetuado num prazo máximo de dois anos. Acrescentou ainda, quando questionada sobre os custos para os contribuintes que eventuais perdas decorrentes de uma venda do novo banco, por um valor inferior o valor nele injetado pelo Fundo que uma eventual distribuição de encargos pelo sistema financeiro onde se inclui a CGD poderá significar perdas para este banco, mas que o mesmo não significa que o Estado seja chamado a suportar as perdas decorrentes da venda do Novo Banco.

A não venda no espaço de um ano do Novo Banco fez com que o valor do empréstimo do Estado ao Fundo de Resolução tivesse de ser inscrito nas contas do Estado, agravando o saldo negativo da dívida nacional e aumentando o défice de 2014 para os 7,2 por cento.

A resolução é uma medida que no imediato se pode considerar como bem sucedida se acautelar o risco sistémico, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público, salvaguardar a confiança dos depositantes e assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais. No entanto, o seu sucesso global e a verificação da salvaguarda dos interesses dos contribuintes está dependente da venda do banco de transição (no caso o Novo Banco) e da liquidação do banco mau (no caso o BES). Refira-se que também para esta situação se procedeu a mais uma alteração legislativa através da Lei nº66/2015 de 6 de julho, com a republicação do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de dezembro.

A opção pela resolução, nomeadamente no caso BES continua até aos dias de hoje a suscitar acesas polémicas sobre se terá ou não sido a melhor opção por alternativa às outras já aqui explicadas neste trabalho. A autoridade de supervisão nacional explicou sobejamente em sucessivos comunicados a bondade da medida, bem como o porquê de não ter optado por outra alternativa.

No caso do BES, o chamado plano A era a recapitalização privada.⁶⁶

⁶⁶Relativamente a este aspeto as opiniões foram divergentes. Enquanto o então presidente do Conselho de Administração do BES, Ricardo Salgado considerou que havia investidores privados interessados no BES, o Banco de Portugal veio dizer que nunca existiu uma proposta concreta, atempada e viável para a recapitalização. Já o presidente da Comissão Executiva do BES, Vítor Bento, nomeado pelo

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

O plano A chegou a ser acionado mas sem tempo efetivo para se concretizar, uma vez que o Banco de Portugal deu apenas dois dias para ser apresentado um plano de reestruturação e de aumento de capital com recurso a fundos privados que permitisse cobrir as necessidade de fundos próprios, num muito curto espaço de tempo.

O plano B incluía todas as outras opções: a capitalização pública (incluindo a modalidade de capitalização privada); a nacionalização; a resolução e a liquidação.

Relativamente à nacionalização e uma vez que, como já vimos, a mesma depende de decisão do governo, a ministra das Finanças quando ouvida na comissão de inquérito ao caso BES e GES referiu que essa possibilidade nunca foi equacionada.

Quanto à liquidação, a ministra das Finanças considerou que seria a última opção a ser tomada pelas implicações que poderia trazer ao sistema financeiro, ao erário público e aos postos de trabalho.

Já o governador do Banco de Portugal concluía na referida comissão parlamentar que a liquidação teria quatro graves consequências: imediata cessação de pagamentos; abalo na confiança dos depositantes no sistema bancário; custos de financiamento elevados, por via da ativação do Fundo de Garantia de Depósitos; perdas para acionistas e credores que segundo adiantava em circunstância nenhuma seriam inferiores às que resultariam da resolução.

A recapitalização pública foi medida igualmente colocada de parte pelo governo porque segundo a ministra das Finanças iria trazer perdas totais para os investidores e credores subordinados. Todas as consequências seriam as mesmas da resolução, a única diferença, adiantava a governante “é que em vez de um eventual prejuízo suportado pelo sistema financeiro, seria suportado pelos contribuintes. Mas os acionistas perdiam tudo na mesma; os credores subordinados perdiam tudo na mesma (...)”. Maria Luís Albuquerque colocava ainda em evidência o facto de numa recapitalização pública, o Estado ser obrigado a ficar com o BES no seu todo, a parte má e a parte boa.

Além do que para que existisse teria de ser feito um pedido nesse sentido ao governo, o que nunca aconteceu.

Banco de Portugal afirmou não poder indicar se havia ou não investidores interessados porque não houve tempo para fazer esse teste. Adiantou, no entanto, ter a certeza que em dois dias não seria possível fazer a capitalização do banco. Com efeito a decisão de capitalizar foi tomada a 29 de julho com a indicação de serem apresentados resultados a 31 de julho.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Mas para além desta questão genérica outras se levantaram em concreto. O próprio governador do Banco de Portugal deu a conhecer o que designou de “lições para o futuro” no já referenciado comunicado de 17 de novembro.

Do nosso ponto de vista, devem merecer particular atenção os poderes do Banco de Portugal no caso da resolução. Atente-se que o Banco de Portugal, no quadro do BES atuou como supervisor do BES, uma vez que só a partir de 4 de novembro de 2014 foi implementado o Mecanismo de Supervisão Europeu (MUS) que transferiu para o BCE a supervisão dos maiores bancos europeus (instituições com ativos superiores a 30 mil milhões de euros ou que representem mais de 20% do PIB).

Uma situação que deixa para o futuro a dúvida sobre se com o BCE, a supervisão prudencial e as medidas corretivas teriam sido diferentes. A única certeza que existe é que o Novo Banco é supervisionado diretamente pelo BCE sendo que, no entanto, este não terá palavra final na venda da instituição, uma vez que essa competência continua reservada ao Banco de Portugal, enquanto autoridade de resolução. O BCE avalia e a aquisição e alienação de participações qualificadas, exceto no quadro da resolução, regra que ficou definida no âmbito do Mecanismo Europeu de Supervisão (artigo 4º, al. c) do Regulamento EU nº1024/2013 do Conselho de 15 de outubro de 2013).⁶⁷

No comunicado de 17 de novembro de 2014, do Banco de Portugal, o governador queixava-se das limitações legislativas que impediam o supervisor de “atuar decisivamente e com rapidez”. No entanto, Carlos Costa reiterava a sua convicção de no caso do BES ter atuado “de forma totalmente empenhada, decidindo com base na informação disponível em cada momento e no quadro das limitações” existentes.

Uma auditoria levada a efeito posteriormente pelo próprio banco com o apoio de entidades externas faz um conjunto de recomendações que vão no sentido de permitir ao Banco de Portugal um maior controlo da informação das instituições, mais diálogo e simultaneamente a obrigação dessa informação ser disponibilizada.⁶⁸

Outra situação, colocada igualmente em evidência pelo Governador do Banco de Portugal, são as acrescidas dificuldades que decorrem da existência de conglomerados mistos (simultaneamente financeiros e não financeiros) que permitem igualmente o recurso a

⁶⁷REGULAMENTO (UE) Nº 1024/2013 DO CONSELHO de 15 de outubro de 2013 que confere ao BCE atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>

⁶⁸As recomendações podem ser consultadas em <https://www.bportugal.pt>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

engenharias financeiras que dificultam e iludem a supervisão, com implantação em diferentes áreas geográficas.

No seu livro *Banca, Bolsa e Seguros*, o professor João Calvão da Silva salienta igualmente este fato, concluindo que “a existência de conglomerados financeiros dita uma disciplina específica de complementar supervisão prudencial das instituições que os integram, nomeadamente quanto à solvência e utilização múltipla de instrumentos de fundos próprios, às operações intragrupos e os processos internos de gestão de risco”. Os conglomerados, designados por João Calvão da Silva como grupos heterogéneos são, segundo este professor, “terreno propício para a instrumentalização de uma ou outra sociedade”, como “centro autónomo de imputação de direitos e obrigações”, a que corresponde “um mau uso” da personalidade jurídica com o objetivo de levar a efeito uma “subcapitalização defraudatória dos credores” que viola o disposto no artigo 334º do Código Civil.⁶⁹

Carlos Costa, o governador do Banco de Portugal salienta no seu comunicado de 17 de novembro de 2014 que “é ilusório pensar que o controlo das chamadas ‘partes relacionadas’ é captado através dos limites de exposição constantes do balanço. Estes resultam de informação que é fornecida pelo cliente e de uma avaliação de risco feita pelo banco, o que tratando-se de partes relacionadas, aumenta a probabilidade de condescendências quanto à qualidade da informação e à avaliação de risco”. Acrescenta ainda o governador que “os limites previstos na legislação não permitem contemplar as exposições fora do balanço, as quais como aconteceu no caso concreto do BES, podem ser muito mais importantes”.

O governador do Banco de Portugal salienta ainda a necessidade de criar um quadro legislativo que permita supervisionar instituições com filiais em jurisdições com limitações de acesso à informação.

Igualmente relevante a questão da legitimidade de ressarcir clientes particulares e, em concreto os que foram incitados a comprar papel comercial de entidades do GES (ESI, Rioforte e ES Property) aos balcões do BES, “ou junto dos quais foram criadas legítimas expectativas de recuperação dos valores investidos”, como bem referem as conclusões do relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito à Gestão do BES e do GES.

Relativamente a este último aspeto tornaram-se desde logo evidentes as divergências de interpretação entre supervisores.

O Banco de Portugal considerou desde sempre que a responsabilidade pelo pagamento pertencia as entidades emitentes. O BES segundo o supervisor tinha-se limitado a

⁶⁹ DA SILVA, João Calvão, *Banca, Bolsa e Seguros*, Almedina, 2013, 94.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

comercializar esse papel no âmbito de uma atividade de intermediação financeira. O Banco de Portugal afastava igualmente qualquer obrigação de pagamentos resultantes da existência de possíveis garantias ou compromissos assumidos no âmbito da atividade de intermediação financeira. O Banco de Portugal esclareceu à data que não foram transferidas para o Novo Banco “obrigações contraídas ou garantias prestadas por terceiros relativamente a qualquer tipo de responsabilidades de entidades que integram o GES”, nem “quaisquer obrigações, garantias, responsabilidades ou contingências assumidas na comercialização, intermediação financeira e a distribuição de instrumentos de dívida emitidos por entidades que integram o GES”.

O Banco de Portugal admite somente a transferência para o Novo Banco de eventuais créditos não subordinados que resultassem de estipulações contratuais anteriores a 30 de julho de 2014, créditos já constituídos à data da resolução e não sob condições de ocorrência de factos futuros e incertos.

Mais acrescenta a este propósito o Governador do Banco de Portugal, quando questionado sobre o assunto pelos deputados da Assembleia da República, que não existia nenhuma provisão no Novo Banco para dar cobertura ao valor detido em papel comercial por parte dos seus clientes.

Conclui o Banco de Portugal que o reembolso da dívida GES é da exclusiva responsabilidade dos emitentes, que “não estando em causa dívida do BES nunca poderia verificar-se a transferência dessa responsabilidade para o Novo Banco” e que a considerar essa possibilidade de pagamento pelo BES, à data da resolução “constituiria um grave incumprimento da obrigação legal do respeito da hierarquia de credores do BES, colocando os titulares da dívida do GES em posição mais favorável do que os credores subordinados do BES”. Acresce a estes argumentos ainda um outro segundo qual o pagamento do papel comercial resultaria em “prejuízos para o Fundo de Resolução que teriam de ser absorvidos pelas instituições que neles participam e temporariamente, teriam reflexo nas contas do Estado”.

Opinião diferente teve a CMVM quando ouvida sobre este assunto no Parlamento. Na análise jurídica enviada à Comissão Parlamentar de Inquérito à Gestão do BES e do GES sobre a subscrição de papel comercial do GES por clientes de retalho do BES, refere-se o seguinte: “(...) para que a responsabilidade exista basta a verificação dos diversos requisitos dessa responsabilidade e a assumpção, por parte do intermediário financeiro, da correspondente obrigação. Ora o BES tinha, de facto, assumido um compromisso de

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

reembolso destes instrumentos de dívida do GES perante os seus clientes de retalho. Tal resulta claro da provisão especialmente constituída para aquele efeito, contante do Relatório&Contas Consolidado do BES referente ao 1º semestre de 2014”.

Acrescenta ainda a análise da CMVM que “a constituição de uma provisão tem implícita a existência e assumpção de uma obrigação, ficando apenas por definir o montante e a altura em que a mesma terá de ser cumprida, pelo que, por estes motivos, deverá concluir-se que o BES era efetivamente responsável pelo reembolso dos títulos em causa, pois, no caso contrário, aquela provisão não podia ter sido constituída”.

Desde então várias possibilidades tem sido colocadas em cima da mesa, o Novo Banco em comunicado já manifestou a intenção de “comprar aos clientes de retalho do Novo Banco o papel comercial da ESI e RioForte, subscritos na rede de retalho do BES até 14 de Fevereiro de 2014”.⁷⁰ E em relação aos clientes emigrantes que subscreveram séries comerciais sobre ações preferenciais comercializadas pelo BES, a solução apresentada e já concluída, previa a assinatura prévia para que o Novo Banco e o Credit Suisse pudessem anular os veículos financeiros, com a devolução de até 90%, através de um depósito anual crescente a seis anos, do que os clientes emigrantes do BES subscreveram em produtos Poupança Plus, Top Renda e EuroAforro8. Os clientes teriam ainda a possibilidade de optar por ter liquidez imediata, podendo recuperar no mínimo 60% do capital investido, incluindo um depósito a dois anos.

Há ainda a considerar os titulares de ações e obrigações subordinadas, pequenos acionistas, sem participação qualificada. Queixam-se estes acionistas que desde finais de 2013 que se tornou visível que existia uma grave exposição do grupo BES ao GES, o próprio Banco de Portugal o reconhece.

Na petição inicial apresentada por um grupo de titulares, através da Sociedade de Advogados Pereira de Almeida & Associados, junto do Tribunal Administrativo e Fiscal de Lisboa, contra o Banco de Portugal, os acionistas criticam as falhas de supervisão, considerando que apesar da deficiente informação prestada pelo BES e empresas do perímetro de consolidação, os sinais de agravamento da situação financeira eram por demais evidentes para que o Banco de Portugal não tivesse agido em conformidade, até porque consideram que os poderes dados ao supervisor eram suficiente para corrigir e sancionar o que estava a acontecer.

⁷⁰Comunicado Novo Banco sobre papel comercial, 14 de agosto de 2014, disponível em <http://www.novobanco.pt>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Criticam ainda o facto de o governador ter transmitido ao mercado palavras de confiança que garantia a solvabilidade do banco quando sabia que já não era assim.⁷¹

Os pequenos acionistas consideram que o seu direito de propriedade foi violado com a transferência de património do BES para o Novo Banco, sem a justa contrapartida, o que constitui um confisco ou uma expropriação, em contradição com o disposto no artigo 62º da CRP e o artigo 17º da Carta dos Direitos Fundamentais. No entendimento destes acionistas viola ainda os artigos 36º nº4 al.e) e nº11 al.b) e o artigo 42º nº6 e 7 da Diretiva 2014/59/EU de 15 de maio de 2015.

Referem que a transferência dos ativos, passivos e elementos extrapatrimoniais é nula ao abrigo do artigo 133º nº2 al.d) do CPTA. E mesmo que a decisão tivesse por base o interesse público, o lugar à contrapartida existira sempre conforme artigo 266º nº1 da CRP.

Nas ações interpostas junto dos tribunais administrativos pelos lesados do BES, tem-se defendido, entre outros aspetos, que as normas do Decreto-Lei nº114-A/2014 ao afetarem o direito de propriedade, um direito fundamental de natureza análoga a direitos liberdades e garantias fundamentais, deveriam ter sido precedidas de uma autorização legislativa. Por sua vez o referido decreto-lei modifica normas do Decreto-lei nº31-A/2012 que, apesar de ter resultado de uma autorização legislativa, acabou por restringir o poder discricionário que a Assembleia da República quis dar ao Banco de Portugal e à sua capacidade para determinar os ativos e passivos a transferir. Ou seja, passou-se a conferir a um órgão da Administração a

⁷¹No dia 3 de julho, o Banco de Portugal afirma em comunicado: “a situação de solvabilidade do BES é sólida, tendo sido significativamente reforçada com o recente aumento de capital”. E acrescenta: “O BdP tem vindo a adotar um conjunto de ações de supervisão, traduzidas em determinações específicas dirigidas à ESFG e ao BES, para evitar riscos de contágio ao banco resultantes do ramo não-financeiro do GES”.

No dia 11 de julho adianta ainda o Banco de Portugal: Em face do comportamento especialmente adverso no mercado de capitais nacional decorrente da incerteza latente sobre a situação financeira do Banco Espírito Santo, S.A. (BES), o Banco de Portugal esclarece que, tendo em conta a informação reportada pelo BES e pelo seu auditor externo (KPMG), o BES detém um montante de capital suficiente para acomodar eventuais impactos negativos decorrentes da exposição assumida perante o ramo não financeiro do Grupo Espírito Santo (GES) sem pôr em causa o cumprimento dos rácios mínimos em vigor. E acrescenta: Não existem motivos que comprometam a segurança dos fundos confiados ao BES, pelo que os seus depositantes podem estar tranquilos.

No dia 30 de julho de 2014 (já depois de ter sido noticiada a existência de prejuízos no BES superiores a 3.000 milhões de euros), pode ler-se no ponto 8 do comunicado do Banco de Portugal em que anuncia ter incumbido a Administração de apresentar um plano de capitalização: “O Banco de Portugal reitera que estão reunidas as condições necessárias à continuidade da atividade desenvolvida pela instituição e à plena proteção dos interesses dos depositantes”.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

competência para deliberar sobre o destino dos ativos e sua transferência da esfera dos sujeitos privados para a esfera de uma outra entidade (nº1 do artigo 145ºG e nº1 e nº5 do artigo 145º H do RGICSF aditadas pelo Decreto-Lei nº31-A/2012) no que constitui uma expropriação.

De acordo com a al.b) do artigo 165º da CRP é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre direitos, liberdades e garantias, salvo autorização do governo.

Sendo que o nº1 do artigo 62º da CRP refere que a todos é garantido a direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte. E por via do artigo 17º da CRP, o regime dos direitos liberdades e garantias aplica-se aos direitos que integram o Título II (onde não se inclui o direito de propriedade) e aos direitos fundamentais de natureza análoga (onde se integra o direito de propriedade).

Por outro lado, a al.l) do nº1 do artigo 165º da CRP reserva à competência da Assembleia da República, salvo autorização dada ao governo para o efeito, legislar sobre meios e formas de intervenção, expropriação, nacionalização e privatização dos meios de produção e solos, por motivos de interesse público, bem como critérios de fixação, naqueles casos, de indemnizações. Uma intervenção estadual restritiva do direito de propriedade deve ficar sujeita ao regime de reserva de lei, em concreto em lei parlamentar ou decreto-lei fundado em autorização legislativa.

Referem ainda os acionistas nas petições apresentadas que a decisão do Banco de Portugal deixou sem valor as ações, violando o princípio da igualdade (previsto no artigo 13º da CRP), da proporcionalidade e da justiça que constituem limites ao exercício das funções do regulador, conforme previsto nos artigos 266º nº2 e 267º nº3 da CRP.

O princípio da igualdade diz-nos que é preciso tratar igual o que é igual e de forma desigual o que é desigual. Já o princípio da proporcionalidade prevê que sejam utilizados os meios adequados e necessários aos fins previstos alcançar e na justa medida. Aliás a Diretiva da Resolução e Recuperação Bancária no seu preâmbulo refere que a resolução deve procurar evitar a destruição desnecessária de valor e reduzir ao mínimo os custos da resolução. Será que no caso BES é isso que vai acontecer, ou será que haveria outras alternativas de saneamento disponíveis que não foram utilizadas? A medida de resolução terá sido excessiva?

Resulta da lei que acionistas e obrigacionistas são tratados da mesma forma que os eventuais responsáveis pela situação que levou à aplicação da medida de resolução. Por outro lado, o que resulta da aplicação do artigo 145º H do RGICSF é que apenas certas categorias de sujeitos são chamados a pagar a fatura da resolução. Razão que leva a concluir que o

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

alegado interesse público da estabilidade financeira para restringir direitos fundamentais não existe. Se existe interesse público é porque a sociedade em termos gerais deve ser beneficiada, o que não acontece porque há grupos dessa sociedade que ficam excluídos. Aliás, no final do processo de resolução será preciso provar que efetivamente esse interesse público existiu. Estamos por isso em presença de um confisco por motivos de interesse público.

Com o avançar da União Bancária tornou-se evidente que a existência de uma supervisão única deveria vir acompanhada de uma resolução única⁷² e de uma garantia dos depósitos.

A resolução representa em teoria uma mudança de paradigma no saneamento das instituições financeiras, ao transferir para os acionistas e detentores de dívida subordinada a responsabilidade pelo colapso financeiro da instituição, evitando que seja o Estado a suportar esse custo, o que significa na prática qualquer contribuinte.

Mas não só, na verdade os outros bancos do sistema, através do Fundo de Resolução, também são chamados a pagar os erros daqueles que não cumprem, sob o pretexto de se estarem a defender a si próprios do risco sistémico.⁷³

Esses custos poderão passar, por exemplo, para os depositantes através de um aumento dos custos dos depósitos.

E por isso se deve concluir que a medida de resolução acabará por substituir o risco sistémico por um outro que resulta das perdas para o Fundo de Resolução com a venda do banco de transição e a sua repercussão sobre os principais bancos do sistema.

⁷²Os líderes do G20 aprovaram na Cimeira de Cannes, em novembro de 2011 o documento: Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions que definia os princípios básicos a incluir na futura legislação sobre a resolução bancária.

⁷³Numa notícia publicada pelo jornal Público no dia 5 de agosto de 2014 podia ler-se: Alguns responsáveis financeiros consultados pelo PÚBLICO nesta segunda-feira admitiram que apesar de esta ser uma solução “compreensível” do ponto de vista político, pois evita que os contribuintes sejam penalizados, é moralmente “inaceitável”: a banca é chamada a responsabilizar-se pela dívida “de alguém [Ricardo Salgado] que fez o que fez e está de férias”.

E os supervisores não actuaram atempadamente e permitiram que o “carro descarrilasse”, pois não equacionaram o pior dos cenários: a exposição do BES ao universo empresarial Espírito Santo revelou-se muito maior do que o expectável, pois foi ao banco que os problemas do GES (com as *holdings* sob gestão de falências) foram desaguar. E o GES ruiu em menos de um mês. Não só a equipa de Salgado desobedeceu às orientações do BdP, já depois de ter sido afastado, aumentando os financiamentos ao grupo, como foram, entretanto, detectadas novas irregularidades. Como resultado o BdP teve de realizar emendas sucessivas às contas o que culminou num prejuízo semestral de 3600 milhões. Disponível em <http://www.publico.pt>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

O caso português, no que se refere ao BES é pioneiro porque à data o Fundo de Resolução não tinha fundos e o Estado foi obrigado a conceder um empréstimo.

O contributo da banca totalizou os 500 milhões (incluindo os 187 milhões que já lá se encontravam no Fundo).

A situação é sobretudo mais caricata quando não se sabe ao certo de que risco se está a falar, de quanto, como acontece no caso BES. Na verdade, se o banco de transição for alienado sem perdas, tudo corre bem. Se implicar perdas significativas para os outros bancos, a questão do risco sistémico que tanto se quis evitar pode voltar a estar novamente em cima da mesa.

É importante que quando a resolução é definida seja estabelecido um limite de perdas a suportar pelos bancos que integram o Fundo de Resolução que não coloque em causa o sistema no seu todo. E é igualmente importante saber quem suporta essas perdas caso esse limite razoável seja ultrapassado. Caso os bancos tenham de assumir todas as perdas, independentemente da sua dimensão, o risco sistémico, é enorme.

Aliás, refira-se a este propósito que o governador do Banco de Portugal na intervenção que faz em março de 2015 na Comissão Parlamentar de Inquérito do BES e ao GES refere que mesmo sabendo que hoje em dia “já não é válido o paradigma “too big to fail” e que há mecanismos que permitem assegurar a continuidade da prestação de serviços financeiros”, está consciente que “a eficácia da intervenção do Banco de Portugal apenas pode ser avaliada quando se conhecer se existem perdas a suportar pelo Fundo de Resolução e qual a sua magnitude”.

A lei (Lei nº23-A/2015, de 26 de março) prevê no seu artigo 153º - L que caso os recursos do Fundo se mostrem insuficientes para o cumprimento das suas obrigações, o governo pode determinar o pagamento pelas instituições participantes de contribuições especiais e também refere no artigo 153º - L que sobre o Estado não recai qualquer obrigação de prestar apoio financeiro excecional ao Fundo, nem qualquer responsabilidade pelo financiamento da aplicação das medidas de resolução. O Estado apenas pode fazer empréstimos ou prestar garantias.

No entanto, ainda no que se refere ao empréstimo realizado, no caso em concreto do BES, é preciso ter em consideração que o capital do Novo Banco, no valor de 4,9 mil milhões de euros foi assumido pelo Fundo de Resolução que para o efeito se viu obrigado a contrair junto do Estado um empréstimo de 3,9 mil milhões. E segundo um *working paper* recentemente publicado pela Direção Geral dos Assuntos Económicos e Financeiros da

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Comissão Europeia, este caso poderá ser classificado como um “*bail-in*”, uma vez que tratando-se de um empréstimo estatal algumas perdas poderão vir a ser suportadas pelos contribuintes⁷⁴.

Neste documento, as autoras partem do princípio que o “*bail-in*” pressupõe a definição à partida da entidade dentro do grupo que deve ser responsável pelo capital e liquidez da instituição para enfrentar as perdas no caso do grupo ou alguma subsidiária, entrar em rotura. Nesta matéria concluem que tantos os reguladores dos Estados Unidos como da União Europeia, tomaram como opção seguir o chamado SPE, ou seja, *Single Point of Entry*⁷⁵, uma solução que implica que sejam os investidores a suportar as perdas do grupo. O sucesso desta opção depende, como bem observam, da capacidade dos reguladores nacionais cooperarem entre si, situação que a Diretiva sobre a Restruturação e Resolução já prevê. Na verdade, isto significa que a gestão da resolução fica concentrada no regulador do país da empresa mãe.

O *paper* que compara várias opções de “*bail-in*” e “*bail-out*” para definir um modelo que possa quantificar a melhor opção, apresenta opções distintas tomadas na Europa, como o Bankia, o Dexia, o Bank of Cyprus, o Fortis, o Amagerbanken e o Banco Espírito Santo. Para cada caso, referem que foram tomadas soluções diferentes, num grau de discricionariedade que causou grande intranquilidade nos consumidores mas que com a entrada em vigor da Diretiva sobre Restruturação e Recapitalização terá terminado. Relativamente ao BES concluem que “após um breve período de elevado stress e incerteza, o Banco de Portugal foi forçado a engendrar um plano de restruturação/recapitalização, uma vez que o BES foi considerado como um banco sistemicamente importante”. Com efeito, na ausência de uma política comum, os Estados Membros tiveram de se socorrer das suas legislações nacionais para resolver o problema da rotura financeira dos bancos. Explicam as autoras do referido “paper” que o BES é o chamado exemplo misto de “*bail-in*” e “*bail-out*”. Na verdade há “*bail-out*” se considerarmos as ajudas do Estado ao Fundo de Resolução para proceder à constituição do Banco de Transição e “*bail-in*” quando se considera que cabe aos acionistas e detentores de obrigações subordinadas enfrentar prejuízos do colapso do banco.

⁷⁴É certo que o documento não vincula a DG Ecfm, é apenas da responsabilidade das autoras, Ester Faia, conselheira da Comissão Europeia e Beatrice Weder di Mauro, antiga economista do FMI mas é sem dúvida o contributo relevante quando a questão tiver de ser avaliada.

⁷⁵Por oposição ao MPE que implica que as perdas sejam imputadas às diferentes filiais, associado ao “*bail-out*”.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Esta é uma situação que a partir de 2016 com a entrada em funcionamento do Fundo Único de Resolução já não se coloca. Um fundo financiado pelos bancos nacionais e que deverá ser constituído por 1% dos depósitos de todas as instituições dos Estados Membros participantes, prevendo-se assim que em 2024 tenha à sua disposição 55 mil milhões de euros.⁷⁶

Inicialmente e durante oito anos haverá uma espécie de compartimento nacional para a contribuição de cada país mas ao final desse tempo, as verbas são mutualizadas para o financiamento. Quando a mutualização estiver completa, os compartimentos nacionais desaparecem. As entregas serão feitas anualmente.

Importa, no entanto referir neste ponto que a partir de janeiro de 2015 passou a ser do Fundo Único de Resolução a decisão de avançar com o mecanismo de resolução dos bancos considerados significativos.

A terminar este capítulo importa ainda salientar que, como vimos, uma das vantagens da resolução face a outros mecanismos de saneamento é a rapidez com que a solução adotada é posta em prática. Estamos a falar de 24 horas, ou de um fim de semana, para não perturbar os mercados. No caso do BES foi efetivamente assim. Mas, quando devem ser suspensas as ações em bolsa? A partir do momento da decisão ou quando se sabe que ela vai ser tomada? Deve o governador do Banco de Portugal alertar desde logo a Comissão de Mercado dos Valores Mobiliários para que esta possa suspender de imediato as ações, evitando assim que haja “investidores a transacionar na ignorância de uma informação que é fundamental”, como referiu Carlos Tavares, o presidente da CMVM em declarações à Comissão Parlamentar de Inquérito à Gestão do BES e do GES⁷⁷. A lei a este respeito nada determina. Na verdade, exige-se que a decisão seja tomada com celeridade, situação subjacente ao facto de se pretender não perturbar o mercado ou causar risco sistémico e isso só é possível com as ações suspensas e de preferência com o mercado encerrado.

A resolução é mais do que fechar um banco e abrir outro, dividindo ativos e passivos. Tal como foi construída, no âmbito do Mecanismo Único Europeu (MUR) a resolução

⁷⁶Há quem considera que pode ser um valor baixo, no entanto, convém recordar que antes de recorrer ao Fundo os privados devem assumir 8% das perdas.

⁷⁷Às 15 horas e 12 minutos desse dia, com as ações em queda, o governador do Banco de Portugal já havia falado com Carlos Tavares dizendo-lhe que era apenas um sentimento mas suspeitava de uma fuga de informação. Mais tarde, Carlos Tavares liga-lhe a perguntar se ia haver informação nova no mercado e quando o governador do Banco de Portugal confirma desenvolvimentos novos no fim de semana, decide então suspender as ações.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

pressupõe a existência de uma atuação prévia, quando a instituição está bem para minimizar os riscos de problemas que possam surgir⁷⁸, a existência de planos de recuperação e de resolução, traçados para diferentes cenários e que deverão identificar os obstáculos a uma eventual resolução.

A título conclusivo referir:

.(i) A resolução é um dos mecanismos que existe para o saneamento das instituições financeiras.

.(ii) A resolução é a única medida que coloca os acionistas e credores a suportar os custos de uma rotura financeira na instituição bancária, de forma quase idêntica ao que acontece na liquidação. Acionistas e credores não podem perder mais com uma resolução do que aquilo que perderiam com a liquidação.

.(iii) O processo é rápido para evitar contágio, o que por um lado é vantajoso mas por outro lado, levanta dúvidas sobre a capacidade de avaliação de todos os riscos que estão em cima da mesa e das opções que se tomam.

.(iv) A resolução pretende assegurar a continuidade da prestação de serviços financeiros essenciais, acautelar o risco sistémico, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e salvaguardar a confiança dos depositantes. O interesse público prevalece.

.(v) A resolução só pode acontecer quando a instituição de crédito corre risco sério de não cumprir os requisitos previstos na autorização de exercício de atividade e não seja previsível que volte num prazo apropriado a ter essas condições de solidez.

.(vi) O Banco de Portugal, tem a iniciativa e conduz todo o processo, nomeadamente cabe-lhe a ele selecionar os ativos e passivos a transferir para o banco de transição. Os seus poderes tem um nível de discricionariedade muito grande.

.(vii) É no entanto neste poder que assenta parte da eficácia da resolução. Poderes que a própria Diretiva assume pode por em causa o direito de propriedade e de igualdade.

.(viii) O sucesso de uma operação de resolução depende da alienação da atividade e como vimos no caso BES nem sempre essa venda pode ser bem sucedida.

.(ix) Nas circunstâncias previstas na lei, quando o Fundo de Resolução estiver constituído com as verbas necessárias para cobrir os custos de uma resolução, não haverá custos para contribuintes. Situação que, no entanto, não se aplica no caso BES onde foi o

⁷⁸ABASCAL, Maria, DE LIS Santiago Fernandez, PARDO, José Carlos, El Mecanismo Único de Resolucion en el Contexto de la Union Bancaria, anuário do euro 2014, da Fundação ICO.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

Estado que teve de emprestar dinheiro ao Fundo de Resolução. Se o Estado não conseguir ressarcir-se desse valor na sua totalidade, cabe à Banca assumir as restantes perdas e entre a banca está também o banco público.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo mostrar como as crises financeiras obrigaram os Estados a repensarem a sua atuação em relação ao saneamento da banca e como a legislação foi evoluindo, dando origem a uma mudança de paradigma, a nível internacional, segundo o qual, quem investe é quem tem de pagar os riscos do colapso dos bancos e não todos os contribuintes dos Estados onde esses bancos se encontram. O “*bail-out*” deu lugar ao “*bail-in*”.

A solução alcançada para a inversão do paradigma assenta no mecanismo da resolução, uma vez que a par da recapitalização privada é o único que não tem custos para o contribuinte mas que não está isento de críticas.

Concluimos que numa primeira fase, depois de correrem a salvar os bancos recorrendo a capitais públicos para evitar o colapso de todo o sistema financeiro, os Estados procederam a alterações legislativas, nalguns casos em situações de emergência, para fazer face a casos concretos de colapso, num movimento que tomava corpo em toda a União Europeia. A União Europeia seguiu o modelo norte-americano com uma mesma premissa: evitar o risco sistémico e obrigar acionistas e credores a pagarem os custos do colapso.

Esta mudança é acompanhada nos EUA e na EU (no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão e da União Bancária) por um reforço das competências dos reguladores. A regulação prudencial passa a ter também uma visão de todo o sistema, em vez de estar dirigida a cada instituição *per se*. Atribui-se mais responsabilidades aos outros “*players*” do sistema porque a conta final em caso de colapso passa também por eles e pelas contribuições que passam a fazer para o Fundo de Resolução, no caso da Europa e no Estados Unidos para o FDIC e finalmente atribui-se aos acionistas e credores o pagamento da fatura do colapso.

No entanto, este trabalho ao associar a mudança de paradigma à constituição do mecanismo de resolução também observa que o chamado caso BES não é ainda o exemplo acabado da aplicação do mecanismo de resolução, tal como foi concebido pela EU. Não se pode por isso concordar com quem diga que foi pioneiro. O BES, tal como outros na Europa, foi mais um caso em que, sem legislação comunitária em vigor, foi necessário adaptar a

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

legislação nacional às circunstâncias do momento. É assim que são por exemplos concebidos os Decretos-Lei 114-A e 114-B de 1 e 4 de agosto, respetivamente.

O caso BES aconteceu antes da vigência da BRRD e foi feito ao abrigo da lei nacional vigente, sem que estivesse ainda constituído o fundo de resolução, determinante para suportar os custos do processo, obrigando o Estado a realizar um empréstimo para constituir o chamado banco de transição, no caso o Novo Banco.

E este é, sem dúvida, outro fator diferenciador e que certamente permitirá que no futuro se possa dizer se afinal os contribuintes pagam ou não a fatura final da aplicação do mecanismo de resolução ao BES.

O BES parte de uma ideia de “*bail-in*” mas assente num empréstimo do Estado ao fundo de resolução que pode ser entendido como um “*bail-out*” se, nomeadamente, a venda do banco não conseguir cobrir esse empréstimo, obrigando a restante banca, privada e do Estado e os seus acionistas e depositantes a suportar as perdas.

Na verdade, o risco sistémico que se pretendeu acautelar pode surgir quando perante as perdas de uma má venda, os bancos concorrentes forem obrigados a pagar durante anos uma fatura que implicará ajustamentos imediatos. Não faz sentido que as regras em matéria de regulação e os rácios pedidos sejam cada vez mais exigentes e depois, perante uma decisão de resolução não comunicar logo à partida aos bancos que constituem o Fundo de Resolução o limite máximo de perdas que pode ser suportado pelos outros bancos sem por em causa o sistema financeiro.

Mais: a alienação do banco de transição terá de ressarcir sempre em primeiro lugar o Fundo de Resolução e só depois seguindo a hierarquia num processo de liquidação comum os credores, obrigacionistas e acionistas.

E isto leva-nos para outra questão que o trabalho ora realizado coloca em evidência e que se reporta à intervenção do governo e do Banco de Portugal nos diferentes mecanismos de saneamento.

Ao contrário do que se passa na capitalização com recurso a investimento público, e na nacionalização, no caso da resolução, a intervenção do governo resume-se quase que a uma função de negação. O executivo limita-se a afirmar que não pretende nacionalizar ou fazer um investimento público. É perante esta recusa que o regulador avança. Se o Estado decidisse nacionalizar, o regulador nada poderia fazer.

Na Comissão Parlamentar de Inquérito à Gestão do BES e do GES, a ministra das Finanças explicou que nem quando a 30 e a 31 de julho de 2014, o governo aprovou os

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

decretos lei 114 – A/2014 e 114-B/2014, respetivamente, tinha conhecimento de que estava eminente a medida de resolução. A alteração legislativa pedida pelo Banco de Portugal estava, segundo a ministra associada a planos de contingência que o supervisor preparava para o BES e à antecipação de medidas que já constavam da Capital Requirements Directive.

Na verdade como a própria Diretiva sobre a Recuperação e Resolução Bancária assume o poder das autoridades de resolução é discricionário e a bem do interesse público assume-se que os direitos de propriedade e os princípios da igualdade e proporcionalidade podem ser afetados.

O poder das autoridades para transferir determinados ativos e não outros, sem o consentimento dos acionistas afeta os seus direitos de propriedade. O poder de escolher a forma como os direitos são tratados afeta o princípio da igualdade. E o poder de tratar direitos iguais de forma diferente afeta o princípio da proporcionalidade. Mas tudo isto é admitido em defesa do interesse público.

No entanto, reitera-se a todo o momento que acionistas e credores não podem suportar perdas superiores às que teriam numa situação de liquidação.

Será interessante verificar o que dirão os tribunais quando se tiverem de pronunciar sobre estas matérias.

E não é só na resolução que estão reservados para o Banco de Portugal poderes que podem e devem ser questionados. Lembramos neste trabalho como a capitalização com capitais privados surge muitas vezes na sequência de recomendações do Banco de Portugal e como a capitalização com capitais públicos se pode tornar obrigatória se em causa estiver a estabilidade do sistema financeiro. Aliás, neste caso, o Banco de Portugal pode avançar com a proposta de recapitalização junto do governo, mesmo que a Assembleia Geral não a aprove. Importa referir ainda que a nacionalização, ao contrário de todos os outros mecanismos ao dispor, é talvez a solução que possamos considerar como eminentemente política, porque independentemente dos pareceres do regulador, a opção é sempre do governo. No entanto, também neste caso a decisão do governo pode estar condicionada a uma não aceitação pelo Banco de Portugal de um plano de recapitalização.

A estabilidade do sistema financeiro tendo em vista evitar o chamado risco sistémico e o interesse público passaram a estar na primeira linha das prioridades dos Estados, situação que se refletiu na legislação que foi sendo desenvolvida. E é nesta visão que o paradigma se altera.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

7. BIBLIOGRAFIA

- . Abascal, Maria/ De Lis, Santiago Fernandez/Pardo, José Carlos; (2014) *El Mecanismo Único de Resolución en el Contexto de la Unión Bancaria*, anuário do euro 2014, Fundação ICO.
- . Amour John, *Making Bank Resolution Credible*, (fevereiro 2014) working paper, European Corporate Governance Institute. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393998
- . Câmara, Paulo; (2012), *O Novo Direito Bancário*, Almedina.
- . Coulomb, Elisabeth, (novembro 2013) *La Loi Bancaire, Separation et resolution: la France precede l'Europe*, Revue Banque, nº765
- . Creación del Grupo Bankia, site Bankia. Disponível em <http://www.bankia.com/es/quienes-somos/sobre-nosotros/origen/>
- . Cruz, Luísa Oliveira; (2011), *Impacto da Crise de Crédito numa ação preferencial: O caso de uma emissão do Royal Bank od Scotland*, Dissertação de Mestrado em Finanças, Lisboa, ISCTE.
- . Da Silva, João Calvão; (2013) *Banca, Bolsa e Seguros*, Almedina.
- . De Almeida, António Pereira, (2011) *Sociedades Comerciais. Valores Mobiliários e Mercados*. Coimbra Editora, 6ªEdição.
- . De Vincenzo, Alessio *et al*, (2010) *Questioni di Economia e Finanza, Lessons learned from the financial crisis for financial stability and banking supervision*, Banca de D'Italia, Number 76, pág. 6.
- . Faia, Ester *et al*, *Cross- border resolution of global banques*, (on line) nº88. Disponível em www.econstror.eu
- . Ferreira, Cristina; *Bancos apoiados devolvem 2,2 mil milhões de euros ao Estado*, (25 de julho de 2014). Disponível em <http://www.publico.pt/economia/noticia/bancos-apoiados-devolvem-22-mil-milhoes-ao-estado-1660490>
- . Garcia, Julio V. Gonzalez, *Mecanismo unico de resolucion bancaria. Aspectos institucionales*, 136, pp.283-291.
- . Gianni, Shiavo Lo, *The Development of a new Bank Resolution Regime in Europe: Fit for Purpose?*, (novembro 2014) Journal of International Bankink Law an Regulation.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

. Gollier, Jean Marc; (junho 2014) *La Nouvelle Loi Bancaire*, Eubelius. Disponível em <http://www.eubelius.com/fr/spotlight/la-nouvelle-loi-bancaire>

. Gottlieb, Cleary; (18 february 2014), *Alert Memorandum, UK Enacts Banking Reform act 2013*. Disponível em <http://www.cgsh.com>

. Grunewald, Neva Seraina; () *The Resolution of Cross-Border Banking Crise in the European Union. A legal Study from the Perspective of Burden Sharing, in International Banking and Finance Law Series*, volume 23, Wolters Kluwer.

. Hardy, Daniel C., (julho 2013) *Bank Resolution Costs, Depositor Preference and Asset Encumbrance*, International Monetary Fund.

. HM Treasury, (12 de dezembro de 2014) *Bail-in powers implementation*. Disponível em [www.gov.uk.Bail-inpowers](http://www.gov.uk/Bail-inpowers) implementation.

. Krugman, Paul; (2011) *“End This Depression Now”*, WW Norton & Co. Disponível em <http://digamo.free.fr/krugman12.pdf>

. Lantero, Fernando Conlledo, (2014) *El Marco Comunitario para la Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito*, *Revista de Derecho de la Union Europea*, 27. Disponível em <file:///C:/Users/Beatriz/Downloads/13618-21291-1-PB.pdf>

. Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & associados, sociedade de advogados, (maio 2015) *União Bancária: Transposição das Diretivas sobre resolução bancária e sistemas de garantia de depósitos*.

. Mota, Emiliano Gonzalez e Sevillano, Jose Manuel Marques; *Dodd Frank Wall Street Reform: Um cambio profundo em el sistema financier de Estados Unidos*, Banco de Espanha, *Estabilidad Financiera*, número 19. Disponível em <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/10/Nov/Fic/ref0519.pdf>

. Munevar, Daniel; (2012) *Un pequeno recordatorio de parte de J P Morgan: La importancia de la Volcker Rule*. Disponível em http://cadtm.org/spip.php?page=imprimer&id_article=7987#nb1

. Neves, João Carvalho e Fernandes, Manuel Meira, (2011), *BPN: Estado a Mais, Supervisão a Menos*, Almedina.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

. Pena, Miguel Franco, *O papel da gestão de risco por parte das instituições bancárias e financeiras na Crise Financeira de 2007-2009*, Dissertação de Mestrado em Economia Monetária e Financeira, Lisboa, ISCTE.

. Perez, Sérgio; (fevereiro 2014), Bankia inicia privatização dois anos depois do seu resgate. Disponível em Exame.com, <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/bankia-inicia-privatizacao-dois-anos-depois-de-seu-resgate>

. Sanches, Saldanha; *A lei das nacionalizações e a nacionalização da lei: uma dívida cinco ideias*, DeRLegislatoris. Disponível em <http://www.saldanhasanches.pt/2-Edicao%20Direito%20Prof.JLSS.pdf>

. Special Resolution Regime Introduced in UK: Powers and Safeguards, Annex 17, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/200911/annex17.en.pdf.

. Torres, Isabel Fernández, *La Volcker Rule y las iniciativas europeas*, Revista de derecho bancario y bursátil, 136, pp. 293-299.

. Vicente, Isabel, *Aumento do capital do BES totalmente subscrito*, (junho 2014). Disponível em <http://expresso.sapo.pt/aumento-de-capital-do-bes-totalmente-subscrito=f875118>

Referências não publicadas retiradas da internet

. Aviso Banco de Portugal nº3 (2011). Disponível em <http://www.bportugal.pt/sibap/application/app1/docs1/avisos/textos/3-2011a.pdf>

. Aviso 10/2007. Disponível em <http://www.bportugal.pt/sibap/application/app1/aviso.asp?PVer=P&PNum=10/2007>

. Comunicado Banco de Portugal, (novembro de 2014), *Mecanismo para lidar com instituições de crédito com insuficiência de capital*. Disponível em www.bportugal.pt

. Comunicado do Banco de Portugal sobre a aplicação da medida de resolução do BES, SA. Disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ComunicadoseNotasdeInformacao/Paginas/comb20140803.aspx>

. Comunicado Banco de Portugal sobre solução para papel comercial do Grupo Espírito Santos. Disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ComunicadoseNotasdeInformacao/Paginas/comb20150714.aspx>

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

. Intervenção inicial do Governador Carlos da Silva Costa na Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública sobre a situação do Banco Espírito Santo (julho 2014).

Disponível em <https://www.bportugal.pt/pt->

[PT/OBancoeoEurosistema/IntervencoesPublicas/Paginas/intervpub20140718.aspx](https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/IntervencoesPublicas/Paginas/intervpub20140718.aspx)

. Intervenção do Governador Carlos da Silva Costa na Comissão Parlamentar de Inquérito à gestão do BES e do GES, ao processo que conduziu à aplicação da medida de resolução e às suas consequências, nomeadamente quanto aos desenvolvimentos e opções relativos ao GES, aos BES e ao Novo Banco. Disponível em <https://www.bportugal.pt/pt->

[PT/OBancoeoEurosistema/IntervencoesPublicas/Paginas/intervpub20150324.aspx](https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/IntervencoesPublicas/Paginas/intervpub20150324.aspx)

. Comunicado CMVM (4 de agosto 2014). Disponível em www.cmvm.pt

. Comunicado Fundo de Resolução, (3 de agosto de 2014), reunião extraordinária da Comissão Diretiva do Fundo de Resolução.

. Comunicado reunião extraordinária do Conselho de Administração do Banco de Portugal, 11 de agosto de 2014, disponível em http://www.bes.pt/Deliberacoes_BdP/ANEXO1-Deliberacao_11-o8-2014-Clarificacao_do_perimetro.pdf

. Comunicado reunião extraordinária do Conselho de Administração do Banco de Portugal, 14 de agosto de 2014. Disponível em

http://www.bes.pt/Deliberacoes_BdP/Deliberacao_14%20Agosto%202014.pdf

. Deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal, (13 de maio de 2015).

Disponível em <https://www.bportugal.pt/pt->

[PT/OBancoeoEurosistema/Esclarecimentospublicos/Paginas/Deliberacao20150513.aspx](https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/Esclarecimentospublicos/Paginas/Deliberacao20150513.aspx)

. Parecer do Banco Central Europeu, sobre a recapitalização das instituições de crédito (março 2013), (CON/2013/19). Disponível em

https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/pt_con_2013_19_f_sign.pdf

. Plano de Recapitalização apresentado pelo Millennium BCP, (junho de 2012). Disponível em

http://ind.millenniumbcp.pt/pt/Institucional/investidores/Documents/AssembGeral/ponto1_Plano_443551a.pdf

. Nota do governador do Banco de Portugal, A supervisão enquanto mecanismo de promoção e salvaguarda da estabilidade financeira, (1 de fevereiro de 2013). Disponível em

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

<https://www.bportugal.pt/pt->

[PT/OBancoeoEurosistema/IntervencoesPublicas/Documents/Aud_COF_Estabilidade_Financeira.pdf](https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/IntervencoesPublicas/Documents/Aud_COF_Estabilidade_Financeira.pdf)

. [Banque Nationale de Belgique, Réformes bancaires structurelles en Belgique: rapport final, julho 2013.](#)

. Relatório Anual do BCE sobre actividades de supervisão 2014, (março 2015). Disponível em <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssmar2014.pt.pdf>

. Relatório e Contas, Banco BIC, 2012. Disponível em <http://www.bancobic.pt/>

. Relatório e Contas Anuais; (2008), RBS – The Royal Bank of Scotland Group. Disponível em: http://www.bportugal.pt/pt-PT/BdP%20Contas%20Oficiais/FT0254_D090914_H170150-0254-CAC-200812-CAC.pdf

. Relatório de Estabilidade Financeira, Maio de 2014, Banco de Portugal. Disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-PT/EstabilidadeFinanceira/Publicacoes/RelatoriodeEstabilidadeFinanceira/Paginas/RelatoriodeEstabilidadeFinanceira.aspx>

. Relatório sobre regime de capitalização pública para reforço da estabilidade financeira e da disponibilização de liquidez nos mercados financeiros (maio 2012), Ministério das Finanças. Disponível em http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/SEE/Relatorios/Relatorio_do_regime_da_capitalizacao_publica_Lei_n.%C2%BA_63_A2008_Lei_n.%C2%BA_4_2012_MAIO_2012.pdf-

. Relatório Comissão Eventual de Inquérito Parlamentar à existência de uma falta grave na actuação do Banco de Portugal no exercício do seu poder de supervisão do sistema bancário no caso do Banco Português de Negócios. Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=34167>

. Relatório Comissão Parlamentar de Inquérito ao BES e GES

Legislação:

· Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

. Diretiva 2013/36/EU

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

. Diretiva 2014/59/UE

. Decisão 2011/346/EU

. Decreto Lei 199/2006 de 25 de outubro.

. Despacho nº 31268-A/2008, de 1 de dezembro de 2008, Diário da República, 2ª série, nº235, de 4 de dezembro de 2008.

. Despacho nº26556-B/2009, Diário da República, 2ª série, nº236, de 7 de dezembro de 2009.

. Lei nº 62-A/2008 de 11 de Novembro de 2008. Disponível em www.iapmei.pt

. Processo nº519/10.5TYLSB Tribunal de Comércio de Lisboa.

. Proposta de substituição apresentada pelo PS, PPD/PSD e CDS-PP ao Inquérito Parlamentar nº 8/X/4.ª (CDS-PP). Os Deputados propõem à Assembleia da República a constituição de uma comissão eventual de inquérito sobre a situação que levou à nacionalização do BPN – Banco Português de Negócios. Disponível em <http://app.parlamento.pt>

. Regulamento (EU) nº575/20131.

. Acórdão do Tribunal Geral, Quarta Secção, (12 de dezembro de 2014) , processo T-487/11.

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

8. ANEXO A

Elisa Ferreira, 31/03/2015

“A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma?”

Em 1 de janeiro entrou em vigor a Diretiva 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. O regime da resolução bancária, que visa permitir gerir de forma previsível e organizada uma crise num banco, passou pois a ser único em todos os Estados membros da União, assim se pondo termo a divergências e insuficiências dos múltiplos regimes nacionais.

Desde o início da crise financeira, temos assistido recorrentemente a intervenções do erário público para "salvar" bancos. Este modo de agir tem tido consequências nefastas, pois, sobretudo num contexto económico depressivo, esta aplicação de dinheiros públicos tem agravado a situação financeira dos Estados, impondo aos seus cidadãos graves sacrifícios. A “salvação” dos bancos europeus envolveu 26% do PIB da União e teve custos efetivos equivalentes a seis orçamentos comunitários e contribuiu para arrastar países e empresas para uma crise que ainda persiste. O novo regime pretende pôr termo a esta situação, não permitindo que sejam os contribuintes, através do erário público - como praticamente até agora tem sido - a primeira linha de defesa das perdas geradas pela atividade da banca.

De acordo como o novo regime, é em regra o supervisor bancário quem dá o "impulso inicial" da resolução, transmitindo à autoridade de resolução que um determinado banco está insolvente ou em risco de insolvência. No contexto da União Bancária (i.e., para bancos sedeados nos Estados membros pertencentes à zona euro e Estados Membros que se lhes queiram juntar), o Banco Central Europeu (BCE), no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão (*Single Supervisory Mechanism* - SSM), criado pelo Regulamento (UE) N.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, é o supervisor dos bancos mais significativos (atualmente, 123 grupos bancários estão sujeitos à supervisão direta do BCE). A autoridade de resolução, concordando (depois de proceder à sua própria avaliação) que o banco está em situação ou em risco de insolvência, decide "resolver" o banco, i.e., que o banco seja reestruturado, transformado, sempre que a sua liquidação de acordo com as regras gerais da insolvência não consiga garantir a continuidade das funções essenciais do banco, a

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

proteção das finanças públicas, dos depositantes e dos activos dos clientes, ou não consiga evitar efeitos negativos significativos na estabilidade financeira.

Esta "resolução" do banco pode nomeadamente consistir na alienação total ou parcial da sua actividade, na criação de uma instituição de transição, na segregação de alguns ativos, numa recapitalização interna - consoante o instrumento que melhor se adegue à situação (o que for necessário para devolver a saúde financeira ao banco "reestruturado"). Tanto quanto possível, a resolução ocorrerá de acordo com o previsto no plano de resolução do banco em questão, que a autoridade de resolução elaborou antecipadamente.

Se houver perdas de capital que seja necessário cobrir para executar esta "resolução", a partir de 1 de janeiro de 2016 essas perdas serão, nos termos da Diretiva, suportadas pelos acionistas e pelos credores do banco. Os acionistas são portanto os primeiros a ser chamados a suportar as perdas, sejam grandes, médios ou pequenos acionistas. Seguir-se-ão os credores do banco, de acordo com a hierarquia fixada na lei de insolvência.

Os últimos credores a sofrer perdas (e só se tal for imprescindível) são as pessoas singulares e as micro, pequenas e médias empresas titulares de depósitos acima de cem mil euros (os depósitos até cem mil euros são garantidos, não sofrem qualquer perda, salvo nos casos raros de depósitos não elegíveis, ou seja, que não estão protegidos nos termos da Diretiva relativa aos sistemas de garantia de depósitos - Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014). Aliás, os bancos vão passar a ter de cumprir um requisito mínimo de fundos próprios e de passivos elegíveis nomeadamente tendo em vista garantir que o banco tem a todo o tempo em quantidade adequada outros passivos aos quais sejam impostas perdas sem o mesmo impacto sistémico que causaria a imposição de perdas aos depósitos.

Em acréscimo, cada Estado membro vai ter de constituir um fundo de resolução (como o que se começou a constituir em Portugal), com contribuições pagas pelos bancos de forma proporcional ao perfil de risco de cada um, que poderá ser usado para executar a "resolução" do banco. Ainda assim, o fundo de resolução só pode ser usado depois de os acionistas e os credores do banco terem suportado perdas no valor mínimo de 8% dos passivos do banco.

A nova filosofia do regime da resolução é pois a de que "paga" primeiro quem investiu no banco - acionistas e credores - e a seguir o setor bancário como um todo (as contribuições pagas pelos bancos para os fundos de resolução), de modo a evitar ou minimizar a utilização

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

do dinheiro dos contribuintes - os Estados deixam de estar na primeira linha do salvamento das instituições em risco. Esta legislação é uma fundação essencial na nova agenda de rotura da dependência entre os bancos e os respetivos Estados e da proteção dos contribuintes e depositantes.

Em 1 de janeiro de 2016, a União Bancária dá um passo adicional com vista à quebra desta relação entre os bancos e os Estados em que se situam: com o início do funcionamento do Mecanismo Único de Resolução (criado pelo Regulamento (UE) N.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014), a resolução dos bancos mais significativos passará a ser decidida por uma agência europeia, o "Conselho Único de Resolução", e não a nível nacional. A intervenção dos interesses nacionais dos Estados membros nas decisões no contexto da resolução de um banco será por esta via substancialmente minimizada.

Este mecanismo surgiu como complemento necessário do Mecanismo Único de Supervisão: se a supervisão é centralizada a nível europeu (desde 4 de novembro de 2014), também assim tem de acontecer com a resolução (a partir de 1 de janeiro de 2016). O regime, espera-se, tornar-se-á mais europeu, credível e eficiente.

O Conselho Único de Resolução terá ao seu dispor, também em 1 de janeiro de 2016, um Fundo Único de Resolução bancária, para o qual serão canalizadas as contribuições dos bancos para os fundos de resolução nacionais, acima referidos, de todos os países da União Bancária - as contribuições serão transferidas de modo a que o valor do Fundo atinja o valor equivalente a 1% dos depósitos garantidos da União Bancária (que se estima na ordem dos 55 mil Milhões euros) no prazo de 8 anos. À semelhança do que se disse *supra* relativamente aos fundos de resolução nacionais, também a utilização deste Fundo Único para apoiar a execução da resolução de um banco terá de ser precedida pela absorção de perdas pelos acionistas e pelos credores do banco no valor mínimo de 8% dos passivos do banco sob resolução.

A União Bancária está ainda, todavia, incompleta. Para pôr termo à dependência dos bancos relativamente aos Estados em que estão sedeados, é imperativo que também as garantias de depósitos deixem de ter um carácter nacional e passe a existir um sistema único de garantia europeu. Só aí poderão os depositantes ter a certeza de que, seja qual for a sede do banco em que têm os seus depósitos, estes serão protegidos nos mesmos exatos termos

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

independentemente da situação das contas públicas do Estado em que o banco em questão se localiza.

9. ANEXO B

Principais diferenças sistemas de financiamento das instituições de crédito:

RESOLUÇÃO	LIQUIDAÇÃO	NACIONALIZAÇÃO	CAPITALIZAÇÃO PÚBLICA	CAPITALIZAÇÃO PRIVADA
INICIATIVA				
Banco de Portugal	Banco de Portugal	Governo	A pedido da instituição	Acionistas mas pode resultar de exigência do BP
DECISÃO				
Medidas aplicadas pelo Banco de Portugal	Banco de Portugal requer junto do tribunal competente. A revogação de autorização produz os efeitos da declaração de insolvência	Governo por Decreto-lei	Plano reforço capitais aprovado pelo BP. Repartição de encargos membro do Governo responsável pela área das Finanças mediante proposta do Banco de Portugal.	Assembleia Geral da instituição
CONSEQUÊNCIAS PARA A ESTABILIDADE E ERÁRIO PÚBLICO				
À partida não cria riscos para a estabilidade financeira partindo do pressuposto que o custo e suportado pelas instituições através do fundo de resolução	Risco de contágio aos outros operadores. Cessação imediata de todos os pagamentos. Fundo de Garantia de Depósitos é imediatamente ativado.	Custos suportados unicamente pelo erário público, logo pelos contribuintes.	Financiada pelo erário público, logo pelos contribuintes.	A melhor solução. Mantem a instituição em funcionamento sem implicações.
PESSOAS AFETADAS				
Acionistas e credores.	Acionistas e credores.	Expropriação de todas ou de parte	Acionistas	Diluição das participações

A resolução bancária e o saneamento das instituições de crédito. Uma mudança de paradigma.

	Depositantes acima dos 100 mil euros.	das ações representativas do capital social.		sociais de todos os acionistas
--	---------------------------------------	--	--	--------------------------------