

2.

**Resolução bancária
e tutela contenciosa**

Vasco Freitas da Costa



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. RESOLUÇÃO BANCÁRIA E TUTELA CONTENCIOSA

Vasco Freitas da Costa*

1. Introdução; sequência
 2. Contextualização do exercício dos poderes de resolução bancária
 - 2.1. Arquitetura institucional
 - 2.2. Anatomia das decisões de resolução
 - a) Pressupostos
 - b) Instrumentos e poderes
 - c) Limites e salvaguardas
 3. Reação contenciosa
 - 3.1. Tutela anulatória (impugnação de decisões)
 - 3.2. Tutela condenatória (suprimento de omissões)
 4. Síntese final
- Apresentação *Power Point*
Vídeo

1. Introdução; sequência

1. No presente artigo, analisaremos brevemente os mecanismos de reação contenciosa às deliberações tomadas pelas entidades públicas competentes no âmbito dos procedimentos de resolução bancária.

Essa análise não dispensa uma contextualização prévia sobre, por um lado, a arquitetura institucional da decisão de resolução bancária e, por outro, sobre a estrutura e âmbito material das decisões de resolução.

Na análise que se segue, começaremos, assim, por fazer um enquadramento sobre os tópicos acima referidos, passando, só depois, à análise propriamente dita dos mecanismos de tutela contenciosa.

2. Contextualização do exercício dos poderes de resolução bancária

2.1. Arquitetura institucional

2. É sabido que, na última década, o legislador da União Europeia (UE) introduziu um conjunto de reformas no sentido de assegurar, quer a harmonização dos regimes nacionais em matéria de supervisão e de resolução bancárias (*single rulebook*), quer – e mais do que isso – a própria coordenação dos processos decisórios de aplicação desses regimes no contexto mais vasto de uma União Bancária¹.

* Advogado.

¹ Cfr. Matthias Haentjens / Pierre de Gioia-Carabellese, *European Banking and Financial Law*, 2015, pp. 94 e seguintes.



A harmonização dos regimes normativos foi alcançada através de dois diplomas fundamentais, a saber:

- (i) No plano da supervisão bancária, através do novo *regime jurídico de acesso à atividade e supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento*, consagrado na Diretiva n.º 2013/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho (CRD IV), complementada pelo Regulamento n.º 575/2013, de Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho (CRR); e
- (ii) No plano da resolução bancária, através do novo *regime jurídico de recuperação e resolução das instituições de crédito e empresas de investimento*, consagrado na Diretiva n.º 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio. Ambas estas diretivas foram transpostas para o ordenamento jurídico português através de alterações ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF)².

Por seu turno, a coordenação dos processos decisórios foi prosseguida através de uma significativa transferência de atribuições e competências das esferas nacionais para a esfera europeia, nos domínios da supervisão e da resolução bancárias. Tal centralização decisória consubstanciou-se na criação dos seguintes mecanismos institucionais:

- (i) O Mecanismo Único de Supervisão (MUS), presidido pelo Banco Central Europeu (BCE), nos termos do Regulamento n.º 1024/2013, do PE e do Conselho, de 15 de outubro (Regulamento do MUS); e
- (ii) O Mecanismo Único de Resolução (MUR), presidido pelo Conselho Único de Resolução (CUR), nos termos do Regulamento n.º 806/2014, do PE e do Conselho, de 15 de julho (Regulamento do MUR).

Como facilmente se compreende, esta centralização de poderes não deixará de ter reflexos muito relevantes no plano contencioso. Em muitos casos, as decisões relativas à resolução de instituições bancárias nacionais serão tomadas, não já (ou não já apenas) pelos organismos públicos nacionais, mas sim (ou também) por organismos da UE. A devolução ou repartição de poderes decisórios entre as instâncias nacionais e europeia levará necessariamente a um reequacionamento da jurisdição competente para sindicar aquelas decisões, assim como, inerentemente, dos meios de tutela e das normas processuais aplicáveis.

3. Vejamos, com um pouco mais de pormenor, em que é que se traduziu a referida centralização decisória.

A distribuição de poderes é feita entre as autoridades nacionais de supervisão e o BCE, no âmbito do MUS, e entre as autoridades nacionais de resolução e o CUR, no âmbito do MUR.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, com as sucessivas alterações. De notar que, no domínio da recuperação e resolução das instituições de crédito e empresas de investimento, o legislador português já se havia antecipado ao legislador europeu na criação de um regime de “liquidação ordenada” dessas instituições, através do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro (que alterou o RGICSF), tendo, depois, promovido novas alterações para adequar o regime à diretiva de resolução bancária.



Assinale-se que, no caso português, o Banco de Portugal assume simultaneamente as funções de autoridade nacional de supervisão (ANS) e de autoridade nacional de resolução (ANR).

O critério fundamental de distribuição de poderes entre os níveis decisórios nacional e europeu baseia-se no caráter *significativo* das entidades ou grupos de entidades bancárias sujeitas a regulação. Essa qualificação é-lhes atribuída com base na sua dimensão, importância para a economia da UE ou de cada Estado-Membro participante do MUS/MUR ou importância das suas atividades transfronteiriças. Em particular, são consideradas *significativas* as instituições de crédito, companhias financeiras ou companhias financeiras mistas que preencham uma das seguintes condições³:

- (a) O valor total dos seus ativos seja igual ou superior a € 3 mil milhões;
- (b) O rácio entre a totalidade dos seus ativos e o PIB do Estado-Membro participante de estabelecimento seja igual ou superior a 20%, salvo se o valor total dos seus ativos for inferior a € 5 mil milhões;
- (c) Após notificação pela autoridade nacional competente de que esta considera que a instituição em causa assume caráter significativo para a economia nacional, o BCE adote uma decisão que confirme esse caráter significativo, após ter realizado uma avaliação completa da instituição, incluindo uma avaliação do seu balanço;
- (d) O BCE considere, por iniciativa própria, que a instituição em causa assume caráter significativo por ter filiais bancárias estabelecidas em mais do que um Estado-Membro participante e os seus ativos ou passivos transfronteiriços representem uma parte considerável da totalidade dos seus ativos ou passivos;
- (e) A instituição em causa tenha solicitado ou recebido diretamente assistência financeira pública do Fundo Europeu de Estabilização Financeira ou do Mecanismo Europeu de Estabilidade;
- (f) A instituição em causa seja uma das três instituições de crédito mais significativas no respetivo Estado-Membro participante.

4. No âmbito do MUS, compete ao BCE realizar a supervisão prudencial *direta* das entidades ou grupos significativos, contando, para o efeito, com a colaboração das ANS (no caso português, do Banco de Portugal). Por outro lado, compete às ANS realizar a supervisão prudencial *direta* das entidades ou grupos *menos significativos*; o BCE fará o acompanhamento dessa supervisão a nível nacional, podendo, caso entenda necessário, decidir avocar poderes, pedir informações, solicitar ou realizar investigações ou inspeções. Por fim, compete ao BCE autorizar a constituição das instituições de crédito, ou a aquisição de participações qualificadas nessas instituições, independentemente do seu caráter significativo ou menos significativo; às ANS compete a elaboração e envio ao BCE da proposta de decisão nessas matérias⁴.

Este esquema de divisão de poderes sofre um *decalque semelhante* no caso do MUR.

Neste âmbito, compete ao CUR elaborar os planos de resolução e adotar todas as decisões relativas à resolução de:

³ Cfr. artigo 6.º, n.º 4, do Regulamento do MUS.

⁴ Cfr. artigos 4.º e 6.º, do Regulamento do MUS.



- (i) Entidades ou grupos significativos;
- (ii) Outros grupos transfronteiriços;
- (iii) Entidades ou grupos que o CUR tenha decidido sujeitar diretamente aos seus poderes de resolução, nomeadamente devido ao incumprimento pelas ANR de anteriores advertências do CUR;
- (iv) Entidades ou grupos que o respetivo Estado-Membro participante decida submeter à competência do CUR.

Por seu lado, compete às ANR (no caso português, ao Banco de Portugal) elaborar os planos de resolução e adotar todas as decisões relativas à resolução das restantes entidades ou grupos não sujeitos diretamente aos poderes do CUR, fazendo-o em estreita cooperação com este último.

Por fim, as ANR intervêm ainda na execução do programa de resolução adotado pelo CUR quanto às entidades ou grupos sujeitos diretamente aos poderes deste último organismo⁵.

5. É relevante assinalar que, se é certo que os organismos europeus (BCE ou CUR, consoante o caso) procedem à regulação *direta* de entidades ou grupos nacionais, é também verdade que, nessa regulação, aqueles organismos poderão ter de aplicar não apenas normas europeias, mas também normas nacionais ou internas (as normas que procedem à transposição ou concretização do quadro jurídico europeu)⁶.

Nessa medida, não será inusitado ver o BCE adotar decisões relativas à supervisão prudencial de um determinado banco significativo português tendo em conta certos preceitos relevantes da legislação interna portuguesa (a par, naturalmente, do quadro jurídico europeu); assim como não se deverá estranhar que o CUR venha a adotar decisões relativas à resolução de um determinado banco significativo português lançando mão de disposições da legislação interna de resolução bancária (em conjunto com as demais disposições europeias pertinentes).

2.2. Anatomia das decisões de resolução

6. Tendo procurado deixar clara a nova arquitetura institucional das decisões públicas de resolução no quadro do MUR, vejamos agora, também de forma breve, a estrutura material desse tipo de decisões.

⁵ Cfr. artigo 7.º, do Regulamento do MUR.

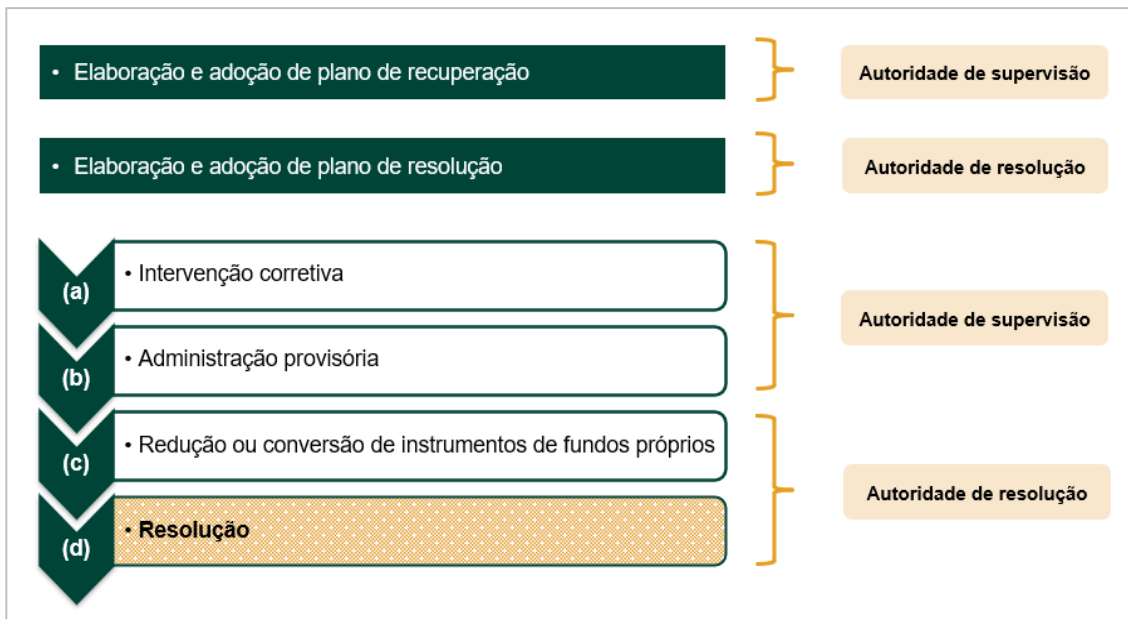
⁶ No artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento do MUS, é previsto expressamente que “*Para efeitos do exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo presente regulamento e com o objetivo de assegurar elevados padrões de supervisão, o BCE aplica toda a legislação aplicável da União e, no caso de diretivas, a legislação nacional que as transpõe. Caso a legislação aplicável da União seja constituída por regulamentos, e nos casos em que esses regulamentos concedam expressamente certas opções aos Estados-Membros, o BCE deve aplicar também a legislação nacional relativa ao exercício dessas opções*”. Por seu turno, no artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento do MUR é previsto que, “*Sempre que, por força do presente regulamento, o CUR exerce as competências e os poderes que, de acordo com a Diretiva 2014/59/UE, devam ser exercidas pela autoridade nacional de resolução, o CUR, para efeitos do presente regulamento e da Diretiva 2014/59/UE, é considerado a autoridade nacional de resolução competente ou, em caso de resolução relativa a grupos transfronteiriços, a autoridade de resolução competente a nível do grupo*”.



a) Pressupostos

7. Sem surpresa, a decisão de resolução é configurada no ordenamento jurídico europeu e português como uma decisão de “ultima ratio”, representando, por assim dizer, o *último degrau de uma escala de gravidade* de medidas de correção e saneamento das instituições bancárias.

Esta escala pode ser ilustrada através da figura que se segue:



Como se vê, a título preparatório, todas as instituições bancárias devem dotar-se de um *plano de recuperação* – no qual são identificadas as medidas a adotar para ultrapassar eventuais situações de desequilíbrio financeiro da instituição – e de um *plano de resolução* – no qual são identificadas as medidas passíveis de adoção num eventual cenário de resolução da instituição. Tanto num caso como no outro, trata-se de instrumentos prospetivos que visam antecipar situações de dificuldade financeira futura. O plano de recuperação é elaborado pela própria instituição, sendo submetido à aprovação da autoridade de supervisão competente (nacional ou europeia, consoante o caso). Já o plano de resolução é elaborado pela própria autoridade de resolução competente (nacional ou europeia)⁷.

Numa eventual situação de dificuldade financeira, o ordenamento jurídico disponibiliza um conjunto de instrumentos regulatórios com um grau de *intrusividade crescente* na vida da instituição. Num primeiro patamar, a autoridade de supervisão pode adotar medidas de *intervenção corretiva* (p. ex., restrição de concessão de crédito) ou mesmo de *designação de administradores provisórios*. Num patamar mais gravoso de intervenção, a autoridade de resolução substitui-se à autoridade de supervisão, podendo proceder, ora à *redução ou*

⁷ Cfr. artigos 116.º-D e 116.º-J do RGICSF.



*conversão de instrumentos de fundos próprios, ora (num cenário de “ultima ratio”) à adoção de medidas de resolução bancária*⁸.

Assinale-se que o facto de existir esta escala de gravidade não significa necessariamente que exista uma relação de *precedência* entre as medidas indicadas (de tal forma que, p. ex., a resolução de uma instituição só poderia ocorrer depois de adotadas – sem sucesso – medidas de intervenção corretiva ou de administração provisória)⁹. Ponto é que cada medida se mostre consentânea com o nível de gravidade da situação, pressupondo, nessa medida, um juízo prévio de *inadequação das medidas menos gravosas* para a sua competente solução.

8. Em particular, a adoção de medidas de resolução pressupõe, como *requisito da sua legitimidade ou validade*, o preenchimento cumulativo de quatro condições básicas, a saber¹⁰:

- (i) A instituição deve mostrar-se inviável, por se verificar qualquer das seguintes situações:
 - a. Incumprimento dos requisitos de autorização (atualmente ou dentro de pouco tempo);
 - b. Ativos inferiores aos passivos (atualmente ou dentro de pouco tempo);
 - c. Incapacidade de pagamento de dívidas vencidas (atualmente ou dentro de pouco tempo);
 - d. Necessidade de apoio financeiro público extraordinário, salvo nos casos em que o Estado (com a aprovação da Comissão Europeia à luz do regime dos auxílios de Estado) preste garantias ou subscreva/adquira instrumentos de fundos próprios a título transitório a favor de instituições solventes;
- (ii) A situação não poderá ser remediável, em prazo razoável, através de medidas da própria instituição ou de medidas menos gravosas do regulador (medidas de intervenção corretiva, de administração provisória e/ou de redução ou conversão de instrumentos de fundos próprios);
- (iii) As medidas de resolução deverão mostrar-se necessárias e proporcionais face às finalidades de interesse público subjacentes à resolução;
- (iv) A liquidação judicial da instituição não poderá constituir uma alternativa eficaz.

b) Instrumentos e poderes

9. Analisados os pressupostos da decisão de resolução, vejamos agora em que é que se poderá traduzir essa mesma decisão, isto é, quais as medidas que o regulador poderá adotar nesse âmbito.

A autoridade de resolução (seja ela o CUR ou o Banco de Portugal) poderá lançar mão de um ou mais dos seguintes quatro instrumentos ou medidas de resolução bancária¹¹:

⁸ Cfr. artigos 141.º e seguintes, 145.º-I e seguintes e 145.º-L e seguintes do RGICSF.

⁹ Cfr. artigo 140.º do RGICSF.

¹⁰ Cfr. artigo 145.º-E/2 e 3, do RGICSF.

¹¹ Cfr. artigo 145.º-E/1 do RGICSF.



- (a) Alienação da atividade – venda de parte ou da totalidade da atividade da instituição, incluindo direitos e obrigações, a uma entidade terceira;
- (b) Criação de uma instituição de transição – transferência de parte ou da totalidade da atividade da instituição, incluindo direitos e obrigações, para um “banco bom”, criado “ad hoc” pela autoridade de resolução;
- (c) Recapitalização interna (“bail-in”) – redução do valor nominal dos créditos que constituem passivos da instituição e/ou sua conversão em ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição;
- (d) Segregação de ativos – transferência de direitos e obrigações da instituição resolvida ou da instituição de transição para veículos de gestão de ativos criados “ad hoc” pela autoridade de resolução, com o objetivo de maximizar o seu valor com vista a posterior alienação ou liquidação.

A autoridade de resolução poderá aplicar estas medidas isoladamente ou em conjunto, exceto a medida de segregação de ativos, que apenas poderá ser aplicada juntamente com outra medida de resolução¹². A aplicação da medida de recapitalização interna é necessariamente antecedida ou acompanhada de uma medida de redução ou conversão dos instrumentos de fundos próprios¹³.

O Fundo de Resolução¹⁴ disponibiliza o apoio financeiro necessário às medidas de resolução (p. ex., concedendo empréstimos ou garantias; subscrevendo o capital social da instituição de transição), recuperando, depois, essas despesas no produto da venda ou liquidação dos ativos.

10. Por fim, a autoridade de resolução dispõe de um conjunto amplo de poderes de alcance ablativo, destinados a acautelar a eficácia operativa de cada uma das medidas ou instrumentos de resolução acima referidos¹⁵.

Tais poderes poderão implicar, a título de mero exemplo, a modificação ou alteração da data de vencimento dos instrumentos de dívida ou outros passivos elegíveis emitidos pela instituição, ou do montante ou data de vencimento dos juros devidos ao abrigo desses instrumentos ou passivos, nomeadamente através da suspensão temporária de pagamentos¹⁶.

c) Limites e salvaguardas

11. A autoridade de resolução não beneficia, naturalmente, de uma *discricionariedade ilimitada* na configuração das medidas de resolução.

¹² Cfr. artigo 145.º-L/1 do RGICSF.

¹³ Cfr. artigo 145.º-L/3 do RGICSF.

¹⁴ Referimo-nos aqui aos mecanismos nacionais de financiamento da resolução e, no caso das instituições sob a alçada do CUR, ao Fundo Único de Resolução atualmente em fase de constituição até 1 de janeiro de 2024 (o qual funcionará transitoriamente com base em “compartimentos nacionais”, nos termos do Acordo Intergovernamental celebrado em 2014 entre os Estados-Membros participantes).

¹⁵ Cfr. artigo 145.º-AB do RGICSF.

¹⁶ Cfr. artigo 145.º-AB/1/j) do RGICSF.



A regra de ouro neste domínio – a qual, verdadeiramente, constitui a condição basilar de legitimidade de todo o processo de resolução bancária – é a de que *nenhum acionista ou credor da instituição poderá ficar numa situação pior do que aquela em que ficaria em caso de liquidação judicial da instituição*¹⁷. Caso contrário, e como veremos de seguida, tal acionista ou credor terá o direito a receber a diferença do Fundo de Resolução.

12. Ao referido limite básico somam-se, por outro lado, algumas garantias ou salvaguardas adicionais.

Desde logo, e de uma maneira geral, as medidas de resolução adotadas pela autoridade de resolução regem-se pelos princípios gerais da atividade administrativa e, em especial, pelo princípio da proporcionalidade. Sendo medidas potencialmente compressivas ou ablativas de direitos patrimoniais privados, não podem, à luz do referido princípio, exceder o estritamente necessário para salvaguardar os interesses públicos subjacentes à resolução.

Por outro lado, os credores deverão, por princípio, ser tratados de acordo com a ordem de graduação de créditos prevalecente nos processos normais de insolvência, devendo os credores da mesma classe ser tratados equitativamente¹⁸.

A terminar, certos passivos não poderão ser objeto de redução ou conversão em capitais próprios. É o caso dos¹⁹:

- Depósitos cobertos pelo sistema de garantia de depósitos (em Portugal, até ao limite de € 100.000,00 por depositante);
- Passivos que beneficiem de garantias reais;
- Passivos decorrentes da detenção de ativos ou fundos por conta de clientes;
- Passivos perante outras instituições de crédito ou empresas de investimento (salvo passivos intragrupo) com um prazo de vencimento inicial inferior a sete dias;
- Passivos perante sistemas ou operadores ou participantes em sistemas de pagamentos ou liquidação de valores mobiliários, decorrentes da participação nesses sistemas, com um prazo de vencimento restante inferior a sete dias;
- Passivos perante trabalhadores, prestadores de bens ou serviços críticos, autoridades fiscais ou de segurança social ou sistemas de garantia de depósitos (decorrentes de contribuições).

3. Reação contenciosa

13. Feito o enquadramento anterior, abordemos agora o tema relativo aos mecanismos de tutela judicial no âmbito das deliberações de resolução bancária.

¹⁷ Cfr. artigo 145.º-D/1/c) do RGICSF.

¹⁸ Cfr. artigo 145.º-D/1/b) do RGICSF.

¹⁹ Cfr. artigo 145.º-U/6 do RGICSF. São ainda consagradas outras salvaguardas nos artigos 145.º-AC a 145.º-AF do RGICSF.



3.1. Tutela anulatória (impugnação de decisões)

14. Os mecanismos de tutela anulatória de deliberações de resolução variarão necessariamente consoante a decisão impugnanda tenha sido emitida pelas instâncias europeias (CUR) ou pelas instâncias nacionais (Banco de Portugal).

No primeiro caso – plausível, como vimos, nas situações de resolução de entidades ou grupos significativos, entre outras –, a pretensão impugnatória deverá ser deduzida junto do Tribunal de Justiça da UE sob a forma de *recurso de anulação* da decisão adotada pelo CUR, nos termos do artigo 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE).

O leque de entidades com *legitimidade ativa* para instaurar o referido recurso é, de algum modo, limitado. Diz-nos o preceito citado que poderá instaurar a referida ação qualquer pessoa singular ou coletiva que seja *destinatária* do ato, ou à qual o ato diga *direta e individualmente respeito*. Aparentemente, quaisquer particulares que se mostrem *indireta ou reflexamente* impactados por decisões do CUR verão precludida a via da tutela impugnatória, podendo, no entanto, lançar mão da tutela ressarcitória prevista no artigo 268.º do TFUE, instaurando uma *ação de responsabilidade civil extracontratual* contra a União junto do Tribunal de Justiça da UE. O resultado final não será, todavia, muito distinto, uma vez que, como veremos, a tutela anulatória tenderá, nestes casos, a convolar-se numa tutela de índole ressarcitória.

Já no segundo caso acima considerado em que a decisão impugnanda tenha sido emitida pelo Banco de Portugal, haverá lugar à instauração de uma *ação de impugnação de ato administrativo* contra o Banco de Portugal junto dos tribunais administrativos portugueses, nos termos dos artigos 50.º e seguintes do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). Tal ação poderá ser instaurada por quem alegue ser *“titular de um interesse direto e pessoal, designadamente por ter sido lesado pelo ato nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos”* (cfr. artigo 55.º, n.º 1, al. a) do CPTA).

15. À potencial concorrência de jurisdições que se acabou de referir junta-se, ademais, um potencial entrecruzamento de leis materiais aplicáveis ao litígio.

No seguimento do que acima dissemos, no contexto do MUR, é bem possível que os litígios que corram nos tribunais portugueses contra a autoridade de resolução nacional versem aspetos que não serão apenas de lei nacional, mas também de lei europeia. E é ainda bem possível o cenário diametralmente oposto, em que os litígios que corram nos tribunais europeus contra o CUR versem aspetos que não serão apenas de lei europeia, mas também de lei nacional (é dizer, da lei interna que transpõe ou concretiza o quadro jurídico europeu).

A primeira destas duas situações não é propriamente *nova* no panorama jurídico interno, beneficiando, já, de enquadramento normativo específico e vasto antecedente histórico. É sabido que, caso os tribunais portugueses sejam confrontados com questões de interpretação dos Tratados, ou com questões sobre a validade ou interpretação dos atos de instituições, órgãos ou organismos da UE (imagine-se, p. ex., o caso de o autor da ação pretender impugnar



uma decisão do Banco de Portugal com fundamento na invalidade do programa de resolução adotado pelo CUR), os tribunais portugueses poderão reenviar essas questões para apreciação prejudicial pelo Tribunal de Justiça da UE, ficando, até, obrigados a fazê-lo caso entretanto já tenham sido esgotadas todas as instâncias internas de recurso (cfr. artigo 234.º do TFUE).

A situação é diferente no segundo caso acima referido.

Dados os contornos inovatórios com que a União Bancária europeia foi estruturada, pode perfeitamente suceder que as instâncias europeias adotem decisões de regulação *diretamente aplicáveis* a entidades nacionais com base em disposições da legislação interna (nacional) aplicável a essas entidades. E, nesses casos, não será inusitado antecipar-se um cenário em que os atos daquelas instituições europeias sejam impugnados com fundamento, precisamente, na invalidade ou incorreta interpretação dessas disposições de lei interna.

Em casos que tais, poderia, antes de mais, perguntar-se se os tribunais competentes para apreciar a pretensão impugnatória seriam efetivamente os tribunais europeus, e não os tribunais nacionais. Em especial, tal dúvida poderia suscitar-se em face do que se dispõe no artigo 263.º do TFUE sobre o recurso de anulação, nos termos do qual “*o Tribunal é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder*” (destaque nosso). Dir-se-ia que, de entre os vícios materiais em que se fundamenta a pretensão anulatória, não poderia incluir-se o tipo de vícios que aqui estamos a considerar, respeitantes à validade ou interpretação de disposições de lei interna.

Estamos em crer que o critério que define a competência dos tribunais europeus neste domínio reside, isso sim, na circunstância de a entidade demandada ser uma instituição ou organismo da UE, e ainda no facto de a tutela requerida visar a anulação de um ato emitido por essa mesma instituição ou organismo. O leque de fundamentos materiais em que a pretensão anulatória é alicerçada influenciará, não já a delimitação da competência dos tribunais europeus, mas sim o próprio mérito da pretensão material deduzida. Neste sentido, parece-nos que efetivamente os tribunais competentes para apreciar as situações acima referidas seriam os tribunais europeus, e não os tribunais nacionais.

Poderá, até, a nosso ver, admitir-se um cenário em que os fundamentos da pretensão impugnatória “mergulhem” estritamente em questões de direito interno, como seria o caso de a validade da disposição da lei interna aplicada pelo CUR ser questionada, não em face de disposições de direito europeu, mas sim em face de outras disposições de direito nacional, como, p. ex., a Constituição do Estado-Membro. Nesses casos, poderia ainda falar-se, se bem que *indiretamente*, de *ilegalidade de direito europeu*, no estrito sentido em que, ao ter aplicado uma disposição de direito interno inválida ou ineficaz, o CUR teria exorbitado o âmbito dos poderes regulatórios que lhe teriam sido conferidos pelo quadro europeu da resolução bancária. A lei europeia teria atribuído poderes ao CUR para aplicar disposições de lei interna sob “condição implícita” de estas últimas disposições serem válidas e eficazes, mesmo em face de parâmetros de lei interna.



Resta saber, no entanto, que tipo de mecanismos de cooperação processual a jurisdição europeia poderia vir a desenvolver com a jurisdição nacional para se desincumbir da tarefa de aplicação do direito nesses casos.

16. No domínio da resolução bancária, o quadro jurídico europeu e nacional tem uma especial preocupação de assegurar a continuidade das relações jurídicas emergentes das medidas de resolução nas situações em que tais medidas ou decisões sejam objeto de invalidação judicial. Tal preocupação leva a que a tutela impugnatória seja facilmente convertida numa tutela de cariz ressarcitório, na qual a recomposição do “*statu quo ante*” é feita por via da atribuição de indemnizações em dinheiro aos particulares lesados.

A este respeito, refere-se no considerando (91) da Diretiva n.º 2014/59/UE que, “*caso seja necessário para proteger os terceiros que, agindo de boa-fé, tenham adquirido ativos, direitos e passivos da instituição objeto de resolução, na sequência do exercício dos poderes de resolução pelas autoridades e a fim de garantir a estabilidade dos mercados financeiros, o direito de recurso não deverá afetar os atos administrativos subsequentes nem as transações concluídas com base na decisão anulada. Nesses casos, as vias de recurso em relação a uma decisão indevida deverão, portanto, limitar-se à atribuição de uma indemnização pelos prejuízos sofridos pelas pessoas afetadas*”.

No plano da legislação portuguesa, este princípio foi salvaguardado através do alargamento da figura da “causa legítima de inexecução” de sentença no domínio específico da resolução bancária. Assim, nos termos do artigo 145.º-AR do RGICSF, o Banco de Portugal pode invocar causa legítima de inexecução nos procedimentos de execução de sentenças anulatórias de quaisquer atos praticados no âmbito da resolução bancária, iniciando-se, de imediato, o procedimento tendente à fixação de uma indemnização nos termos do CPTA.

Uma questão que se poderá levantar neste domínio é a de saber *quem* deverá suportar a referida indemnização. A este respeito, parece-nos claro que a indemnização ficará, por princípio, a cargo da entidade que praticou o ato invalidado: CUR ou Banco de Portugal, consoante o caso. O quadro jurídico prevê, no entanto, um desvio significativo a esta regra – o qual, de resto, pode bem compreender-se atendendo aos elevados montantes indemnizatórios que poderiam acabar por onerar o património das autoridades reguladoras. Nos termos da lei europeia e nacional, caso se verifique que os acionistas ou credores da instituição bancária suportaram prejuízos superiores àqueles que suportariam em caso de simples liquidação judicial da instituição, tais acionistas ou credores têm o direito a receber a diferença do Fundo de Resolução, e não do património da respetiva autoridade reguladora²⁰. Deste modo se garante a sustentabilidade das pretensões indemnizatórias, ao mesmo tempo que se exime, é certo, a autoridade reguladora de uma parte relevante da responsabilidade civil que de outro modo lhe caberia pelas decisões ilegais tomadas.

²⁰ Cfr. artigo 145.º-AA, n.º 1, al. f), do RGICSF. Cfr. ainda o considerando (63) do Regulamento do MUR, no qual é referido que “*Se se determinar que os acionistas e credores receberam, em pagamento dos seus créditos, um valor inferior ao que teriam recebido ao abrigo dos processos normais de insolvência, deverão ter direito a receber a diferença, sempre que exigido nos termos do presente regulamento. Essa diferença, se existir, deverá ser paga pelo Fundo criado em conformidade com o presente regulamento*”.



17. Antecipa-se que as principais questões materiais que se poderão suscitar em ações de impugnação de decisões de resolução bancária tenham a ver, ora com o *preenchimento dos pressupostos* dessas decisões, ora com a *observância dos limites e salvaguardas* que sobre elas impendem. Na exposição anterior procurámos explicitar o essencial de cada uma destas questões.

Porventura, o princípio mais relevante que os tribunais poderão ser chamados a sindicarem é o de que os acionistas ou credores da instituição bancária não poderão, em resultado da resolução, ficar numa situação pior do que aquela em que ficariam no cenário de simples liquidação judicial da instituição. Para além deste princípio elementar, os tribunais poderão ainda ser chamados a apreciar outros aspetos, tais como o da proporcionalidade das medidas adotadas, ou o do tratamento equitativo entre credores.

Naturalmente, muitas destas questões envolverão precipuamente juízos complexos de avaliação contabilística e financeira da instituição. O próprio regulador está obrigado a adotar as medidas de resolução com base em avaliações independentes dos ativos e passivos da instituição, feitas por entidades terceiras. A circunstância, porém, de as matérias em causa poderem assumir elevada complexidade e sofisticação não deve impedir os tribunais de sobre elas tomarem posição, apoiando-se, se necessário, em avaliações periciais.

A este propósito, refere-se com clareza no considerando (89) da Diretiva n.º 2014/59/UE que:

“As medidas de gestão de crises tomadas pelas autoridades nacionais de resolução podem requerer avaliações económicas complexas e uma grande margem de discricionariedade. As autoridades nacionais de resolução estão especificamente dotadas das competências necessárias para realizar estas avaliações e para determinar a utilização apropriada da margem de discricionariedade. Por conseguinte, importa assegurar que as avaliações económicas complexas realizadas pelas autoridades nacionais de resolução nesse contexto sejam utilizadas pelos tribunais nacionais como base para o exame das medidas de gestão de crises em causa. Todavia, a natureza complexa destas avaliações não deverá impedir os tribunais nacionais de analisar 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 delas”.

Nesta medida, as medidas e decisões de resolução devem ser sujeitas a plena sindicabilidade por parte dos tribunais.

3.2. Tutela condenatória (suprimento de omissões)

18. Justifica-se uma última e breve nota para referir os meios ao dispor dos particulares em matéria de tutela condenatória.



Neste âmbito, haverá novamente que distinguir consoante a omissão seja do CUR ou do Banco de Portugal.

No primeiro caso, os sujeitos *destinatários* do ato omitido, ou aos quais o ato omitido diga *direta e individualmente* respeito, poderão instaurar uma ação por omissão contra o CUR junto do Tribunal de Justiça da UE, nos termos e ao abrigo do artigo 265.º do TFUE. Para o efeito, devem dirigir um convite prévio ao CUR para agir, com sujeição a um prazo de dois meses, o que se antecipa que possa retirar grande parte da utilidade a este mecanismo processual.

Já no segundo caso referido, os sujeitos *titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos* poderão instaurar uma ação de condenação à prática do ato devido contra o Banco de Portugal junto dos tribunais administrativos portugueses, nos termos e ao abrigo dos artigos 66.º e seguintes do CPTA. Tal ação poderá ser proposta sem necessidade de requerimento prévio de decisão nos casos em que o dever de emissão do ato resulte diretamente da lei²¹, o que poderá incrementar a utilidade deste mecanismo processual num contexto de urgência como o da resolução bancária.

4. Síntese final

19. Em conclusão, a União Bancária europeia coloca desafios novos do ponto de vista da articulação entre a jurisdição nacional e a jurisdição europeia na apreciação de litígios referentes à resolução de instituições bancárias. Cumpre ver em que medida o direito europeu irá evoluir nos próximos anos no sentido de aprofundar um regime processual que presentemente ainda se afigura algo incompleto ou mesmo lacunar.

No plano das questões materiais controvertidas, é de esperar que os tribunais sejam sobretudo chamados a pronunciar-se sobre questões como o preenchimento dos pressupostos das medidas de resolução, ou a observância de limites e salvaguardas tais como a exigência de que os acionistas e credores não fiquem em situação pior do que aquela em que ficariam no cenário de liquidação judicial. A lei europeia é expressa ao exigir que os tribunais se debrucem integralmente sobre questões como as referidas, não obstante a complexidade das avaliações financeiras que elas poderão implicar, recorrendo, se necessário, à ajuda de peritos.

No plano da tutela concedida, assiste-se a uma clara prevalência da via indemnizatória como solução de reparação de direitos e interesses legalmente protegidos, sendo de esperar que, num largo naipe de situações, a indemnização seja satisfeita com recurso ao Fundo de Resolução, desonerando-se, inerentemente, o património das autoridades reguladoras.

²¹ Cfr. artigo 67.º/4/a) do CPTA.

