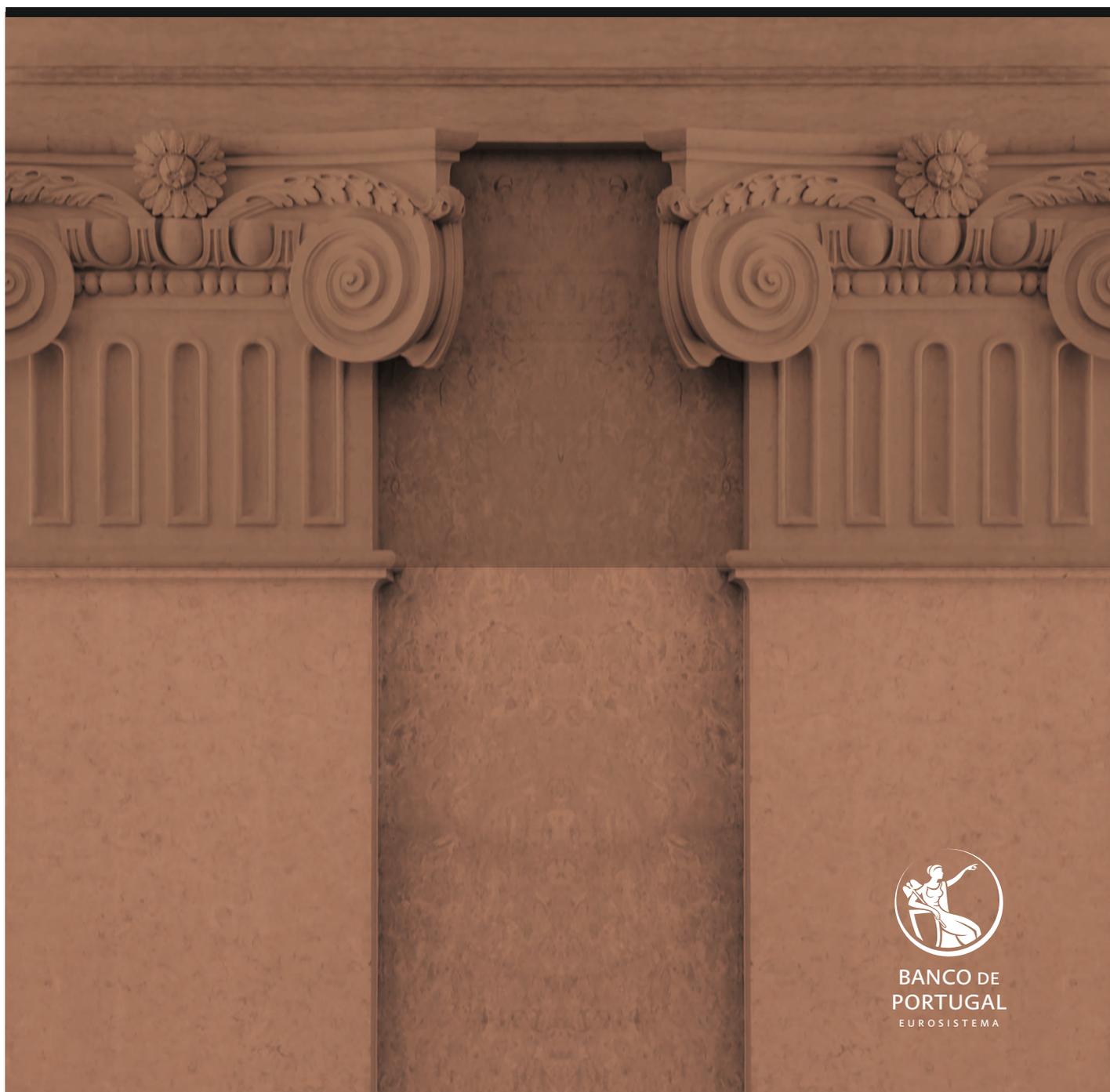


07

CADERNOS  
JURÍDICOS



BANCO DE  
PORTUGAL  
EUROSISTEMA



# 7

## CADERNOS JURÍDICOS

JULHO 2023

As opiniões expressas neste artigo são da responsabilidade do(s) autor(es), não coincidindo necessariamente com as do Banco de Portugal ou do Eurosistema. Eventuais erros ou omissões são da exclusiva responsabilidade do(s) autor(es).



**BANCO DE PORTUGAL**  
EUROSISTEMA

Lisboa, 2023 • [www.bportugal.pt](http://www.bportugal.pt)



# Índice

Nota de abertura | 5

1 A Relação Bancária | Reflexões em torno de um conceito-chave | 7

Manuel Carneiro da Frada

2 Os desafios jurídicos do projeto de criação e emissão de um euro digital | 20

Gisela Teixeira Jorge Fonseca e Dina Freitas Teixeira

3 Comentário ao acórdão do TJUE no Processo *Banka Slovenije*: a responsabilidade dos bancos centrais nacionais e o direito europeu | 47

Luís Barroso e Joana Gama Gomes



# Nota de abertura

Na presente edição dos Cadernos Jurídicos do Banco de Portugal, que corresponde ao seu sétimo número, são analisadas questões de grande pertinência e atualidade no âmbito de matérias relacionadas com as atribuições do Banco de Portugal. Continua, assim, a dar-se cumprimento ao propósito desta publicação em promover a investigação e a partilha de conhecimento nos domínios jurídicos em causa.

Em particular, o presente número procede à publicação de um artigo científico, de um estudo e de uma anotação a um acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia que constituem um importante contributo para a reflexão em torno dos temas em causa.

Desde logo, o artigo da autoria do Professor Doutor Manuel Carneiro da Frada debruça-se sobre o tema da relação bancária, em particular sobre a respetiva noção e natureza, expondo posição favorável a uma compreensão não contratualista deste conceito-chave do Direito Bancário, propondo o Autor que essa relação seja construída como relação “quase-contratual” típica, pertencente ao género das relações pré-contratuais ou, na expressão do próprio, “ligações correntes de negócios”.

Seguidamente, apresenta-se o estudo sobre os desafios jurídicos do projeto de criação e emissão de um euro digital, da autoria da Dra. Gisela Teixeira Jorge Fonseca e da Dra. Dina Freitas Teixeira, no qual se analisam, no plano jurídico, diversas questões atinentes à possibilidade de ser criada e implementada uma moeda digital de banco central, acessível aos cidadãos e às empresas, que acompanhe as novas exigências da era digital. Este tema reveste-se de notória atualidade, designadamente à luz da proposta de Regulamento relativa à introdução do euro digital, apresentada pela Comissão Europeia em junho de 2023, cuja análise o estudo inclui no respetivo epílogo.

O presente número conta ainda com a anotação, da autoria do Professor Doutor Luís Barroso e da Dra. Joana Gama Gomes, ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 13 de setembro de 2022, no Processo C-45/21, no âmbito de um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Constitucional da Eslovénia no contexto da adoção de um regime nacional nos termos do qual o Banco Central da Eslovénia pode cancelar determinados instrumentos financeiros quando uma instituição de crédito corre o risco de insolvência e ameaça o sistema financeiro no seu conjunto. Esta anotação jurisprudencial sublinha, designadamente, que o Tribunal de Justiça vem, à luz do princípio da proibição de financiamento monetário e do princípio da independência (cada um deles princípios estruturantes da União Económica e Monetária), definir limites à possibilidade de os Estados Membros imporem aos bancos centrais nacionais regimes de responsabilidade pelo exercício de funções públicas.

Motivos de interesse não faltam, pois, nesta edição dos Cadernos Jurídicos do Banco de Portugal, que seguramente irá captar o interesse dos leitores, a quem muito agradecemos a confiança e a atenção que este projeto tem vindo a merecer.

Com votos de boas leituras,

**Luís Máximo dos Santos**

Vice-Governador do Banco de Portugal



# 1 A Relação Bancária | Reflexões em torno de um conceito-chave

Manuel Carneiro da Frada<sup>1,2</sup>

## Abstract

*This article focuses on the banking relationship, analysing its notion and nature. In the article, the Author presents arguments that challenge the dominant contractualist conception behind this relationship, understanding it rather as a relationship formed of duties relating to conduct and based directly on statutory law, thus providing a unitary understanding of this key concept in Banking Law.*

## Resumo

O presente artigo debruça-se sobre a relação bancária, analisando a respetiva noção e natureza. Nele, o Autor apresenta argumentos que põem em causa a conceção contratualista dominante, entendendo-a antes como relação constituída por deveres de comportamento e fundada diretamente no direito objetivo, possibilitando assim um entendimento unitário deste conceito-chave no Direito Bancário.

### 1. “No princípio era a relação bancária...”<sup>3</sup>

Talvez por isso, pela centralidade que no direito bancário assume essa relação, se justifique que dediquemos algumas reflexões ao seu conceito e natureza. E tanto mais que na doutrina portuguesa parece singrar, ultimamente, uma concepção contratualista da relação bancária; quando nos parece — sem negar, obviamente, que muitas das relações bancárias se encontram amplamente contratualizadas — que semelhante perspectiva não satisfaz plenamente as exigências que se hão-de colocar aos conceitos dogmáticos.

Pretendemos, pois, trazer à cena algumas considerações que não têm, a nosso ver, sido suficientemente ajuizadas no debate travado em torno da noção e da natureza da relação bancária; ponderações que, embora consabidamente soltas e sem serem exaustivas, convergem no sentido da reabilitação de uma compreensão não contratualista da relação bancária enquanto conceito-chave do Direito Bancário<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Estudo destinado a um volume em memória de João Soares da Silva, publicado também nos Cadernos de Direito Privado, n.º 63 (Julho/Setembro de 2018), 23 ss.

<sup>2</sup> Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

<sup>3</sup> Cfr. Jo. 1,1: “No princípio era o Verbo...”. Não pretendemos, obviamente, teorizar sobre a origem do Direito Bancário, quanto salientar a nuclearidade que hoje, na construção deste sector da ordem jurídica, assume a relação bancária.

<sup>4</sup> A posição não contratualista mais elaborada que conhecemos é a de Claus-Wilhelm Canaris, brilhantemente defendida no seu *Bankvertragsrecht*, 3.ª ed., München, 1988. A essa orientação aderimos há muito (cfr. o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, pp. 575 e segs, nota 614), com opinião partilhada também, entre outros, por Calvão da Silva, *Direito Bancário*, Coimbra, 2001, pp. 335-336. (Expressando também reservas ao

*Simpliciter*, a nossa perspectiva opõe-se às teses para as quais a relação bancária tem natureza contratual e se fundamenta num contrato (ordinariamente o contrato de abertura de conta, com a função de contrato-quadro das relações entre o banco e o cliente).

Preferimos considerar, antes, que essa relação deve ser construída como relação “quase-contratual” típica, pertencente ao género das relações pré-contratuais ou das relações ou ligações correntes de negócios e, com isso, ao universo das relações obrigacionais de protecção, ou sem deveres primários de prestação. Esclarecendo desde já, a este propósito, o seguinte: para nós, a relação bancária pode certamente incluir ou ser modelada por contratos — em especial, pelo de abertura de conta —, mas não deve ser reduzida ou assimilada a esses mesmos contratos, ainda quando, como normalmente acontece, eles existam e essa relação se apresente então amplamente “contratualizada”<sup>5</sup>.

Creemos, aliás, que esta é a posição que melhor corresponde ao aparente desinteresse da jurisprudência lusa pelas interpretações contratualistas da relação bancária. Pois, tomando ou não posição explícita na querela em torno da natureza da relação bancária, os tribunais não mostram seguir corolários elementares das interpretações contratualistas.

2. Como é sabido, a lei não presta uma noção ou uma disciplina completa da relação bancária que oriente o intérprete-aplicador, o qual se vê, por isso, remetido para doutrinas e concepções gerais.

O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF)<sup>6</sup>, em especial, representa uma lei regulatória, própria do que soi chamar-se o “Direito da Economia”, como decorre elucidativamente do que anuncia o seu objecto (cfr. o respectivo art. 1.º). Não nasceu, sem margem para dúvidas, com a preocupação de estabelecer uma disciplina geral das relações jurídico-privadas entre o banco e o cliente. Por isso se compreende que as referências a essas relações, assim como aos deveres que as compõem, sejam avulsas, fragmentárias e descoordenadas.

As condutas requeridas pelo RGICSF dos bancos apresentam-se concebidas fundamentalmente como exigências legais “verticais”, justificativas de uma supervisão comportamental e prudencial da respectiva actividade; pelo que, olhando ao perfil do diploma e ao modo como ele se auto-

contrato bancário geral como contrato-quadro, cfr. Sinde Monteiro, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989, p. 517, nota 224.)

No entanto, essa orientação perdeu força e estará hoje em desvantagem. Opõe-se-lhe, preferindo a tese do contrato bancário geral, em especial, Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.ª ed., Coimbra, 2018, pp. 257 segs., pp. 263 segs. e pp. 286 segs.; como também, extensamente, António P. Azevedo Ferreira, *A Relação Negocial Bancária/Conceito e Estrutura*, Lisboa, 2005, *passim*, e, bem assim, Maria Raquel Guimarães, *O Contrato-Quadro no Âmbito da Utilização dos Meios de Pagamento Electrónicos*, Coimbra, 2011, pp. 360 e segs. Vide também Almeno de Sá, *Direito Bancário*, Coimbra, 2008, pp. 15 e segs. Recentemente, ainda, Pestana de Vasconcelos, *Direito Bancário*, Coimbra, 2017, pp. 69 e segs.

Uma excelente, actualizada e prudente reflexão dos termos, hoje, do problema e do seu debate pode confrontar-se em Francisco Mendes Correia, *Moeda Bancária e Cumprimento/O Cumprimento das Obrigações Pecuniárias Através de Serviços de Pagamento*, Coimbra, 2017, pp. 592 e segs.

Privilegiando, no âmbito do Direito Bancário, a análise dos distintos contratos que lhe estão associados, e relevando o papel “primogénito” da abertura de conta na instituição da relação bancária, cfr. ainda Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, 2009, 483;

analogamente, e sublinhando o relevo do contrato de conta bancária (como contrato-quadro) sobre o de depósito para o efeito, Januário Costa Gomes, *Contratos Comerciais*, Coimbra, 2012, 108 ss.

<sup>5</sup> Se bem vemos, é portanto menor do que pode parecer a distância entre esta posição e algumas outras que têm vindo a fazer merecido curso na literatura da especialidade. Cfr., nomeadamente, a de Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos II (Conteúdo. Contratos de troca)*, 4.ª edição (reimpr. 2018), 144 ss, cuja caracterização da relação bancária (entendida embora pelo Autor como contratual) subscrevemos e acompanhamos na generalidade.

<sup>6</sup> Aprovado pelo DL n.º 298/92, de 31/12, e, desde então, alvo de múltiplas alterações.

concebe, será secundária ou reflexamente que tais exigências irradiam a sua força na relação “horizontal” com o cliente.

É certo que o art. 74.º aponta genericamente um conjunto importante de deveres para com os clientes, nomeadamente os de diligência, neutralidade, lealdade e discrição, e respeito consciencioso dos seus interesses. (Observando-se desde já que se não menciona nem pressupõe qualquer contrato com eles.)

Contudo, a feição regulatória-administrativa do RGICSF transparece eloquentemente na forma como nele se perspectivam tais deveres, assim como o dever de assegurar a competência técnica (art. 73.º) ou o dever de segredo (art. 78.º), ou se explicita a diligência (art. 75.º) que as instituições de crédito devem empregar. É que tais condutas são essencialmente entendidas como exigências postas aos membros dessas instituições — administradores, directores, colaboradores (consoante os casos)<sup>7</sup> —, e não enquanto deveres das entidades bancárias no âmbito das relações com os clientes. Nada mais próprio de um diploma que é, nuclearmente, de ordenação económico-social, avultando consequentemente a dimensão *stricto sensu* disciplinadora e sancionatória<sup>8</sup>.

Diferente é, neste aspecto, o art. 77.º, relativo aos deveres de informação e assistência, e bem assim, hoje, o novel art. 77.º-E, que já centra na instituição de crédito os deveres da comercialização “no retalho” de produtos e instrumentos financeiros.

Sem prejuízo da índole fundamental do RGICSF, ele sugere claramente um entendimento não contratualista da relação bancária. Não só pela amplitude do conceito de relação usado no art. 74.º, por exemplo (que comporta acepções que contextualmente não podem ser entendidas como envolvendo, necessariamente, contratos, tal como a relação com outras instituições). Na verdade, há hipóteses — veja-se o caso específico do art. 77.º, n.º 3, ou as do art. 77.º-E, n.º 2 — que evidenciam a natureza pré-contratual dos deveres em causa.

O que significa que tais deveres não são, para o legislador, expressão ou consequência de qualquer contrato bancário geral. E bem, porque, em geral, os contratos celebrados entre o banco e os seus clientes não os têm por objecto precípuo, nem eles constituem a sua causa. Por exemplo, ainda quando impliquem a prestação de informações, eles não são, tipicamente, contratos de informação (surgindo a informação tão-só enquanto objecto de deveres instrumentais do dever principal de prestar que foi, para o cliente, o móbil do contrato).

Estes dados merecem ser devidamente relevados.

3. A perspectiva contratualista da relação bancária parte da vontade negocial das partes e, como é natural, realça-a. A fonte da relação bancária está no contrato e o seu conteúdo encontra-se, assim, subordinado a essa vontade (*rectius*, das respectivas declarações), derivando daquilo a que os sujeitos se determinaram contratualmente no exercício da sua autonomia privada. O conteúdo da relação bancária depende, portanto, nuclear e elementarmente, não do direito objectivo, mas da interpretação e da integração de um clausulado contratual.

Só que tal concepção se afigura extremamente redutora perante a realidade.

<sup>7</sup> Sujeitos, directa ou indirectamente, a uma vigilância dos organismos de supervisão competentes.

<sup>8</sup> Pode confrontar-se a propósito o nosso “Dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?”, in *Forjar o Direito*, Coimbra, 2015, pp. 395 e segs., alertando para que as adstrições dos administradores são, com frequência, antes do mais, vínculos da própria pessoa colectiva.

Não se trata de negar que entre o banco e o cliente existem, o mais das vezes, um ou mais contratos. O que afirmamos é que, de ordinário, a relação bancária não se pode resumir ao que resulta de tais contratos, nem o seu conteúdo depende nuclearmente de que eles tenham sido celebrados e do que neles se tenha estabelecido.

Não se ignora, por conseguinte, que o contrato de abertura de conta será, o mais das vezes, o acto que dá origem à relação do cliente com o banco<sup>9</sup>. Muito embora — diga-se de passagem — vários dos deveres que configuram essa relação se apresentem tipicamente enquanto deveres pré-contratuais, e a responsabilidade decorrente da sua violação como expressão da *culpa in contrahendo* (cfr., por exemplo, o disposto no n.º 1 do art. 77.º-E do RGICSF). Rigorosamente, dir-se-á, pois: a relação bancária precede o contrato.

Mas avancemos: do que duvidamos é que o referido contrato inicial se apresente sempre e invariavelmente como contrato-quadro regulador de *toda* a relação bancária que se estabelece a partir desse contrato; e que, mesmo se ou quando assim for, nele radique o *verdadeiro* fundamento do *núcleo de efeitos* que *identifica e constitui* propriamente a relação bancária.

O problema não está, assim, em reconhecer que um contrato de abertura de conta pode dar origem a uma relação bancária — por isso que obviamente (!) lha dá, e muitíssimas vezes, ou mesmo via de regra. Importa antes saber se o contrato (ordinariamente, de abertura de conta) é ou não susceptível de explicar devidamente todo o conteúdo e os efeitos dessa relação; ou se ele é derradeiramente necessário para os explicar. Em suma, trata-se de perguntar se é o contrato (ou tal contrato) que absorve, comanda e fundamenta toda a relação nas suas diversíssimas manifestações. No fundo, se ele é uma “condição necessária (*sine qua non*) e suficiente” (como, no fundo, pretendem os contratualistas) para explicar a relação bancária.

Aqui a nossa resposta é negativa. Por uma razão simples: queira ou não o contrato, os efeitos da relação bancária impõem-se às partes e derivam do direito objectivo.

Preferimos, portanto, considerar que a relação bancária corresponde a uma certa *relação da vida*, uma *realidade de facto com relevância jurídica*, nuclearmente moldada por exigências desse direito objectivo e não necessariamente assumidos por alguma vontade negocial delas, embora susceptível de ser iniciada por um contrato e porventura, em parte ao menos, regulada por ele.

4. Um contrato bancário “geral” (entendido, em princípio, enquanto contrato-quadro, para abranger a multiplicidade de relações a estabelecer com o cliente, absorvendo a totalidade do espaço da relação bancária) não pode presumir-se.

Não basta a vontade — do banco ou do cliente — de encetarem uma relação duradoura. Ela existirá no início o mais das vezes, mas não é ainda, por si, uma declaração pela qual as partes pretendam juridificar através de um negócio essa mesma relação, assumindo de imediato obrigações próprias.

Um contrato implica sempre a demonstração efectiva das declarações negociais correspondentes. Sendo certo que, em particular, os bancos só pretenderão de ordinário vincular-se na estrita medida do que impõem, determinam ou aconselham os negócios que vão querendo celebrar com os clientes. Desejarão evitar, o mais das vezes, vinculações amplas em ordem a situações futuras, mediante a assunção de compromissos genéricos para cenários hipotéticos e não actuais, porventura com alto grau de indeterminação e imprevisibilidade. Especialmente caso não haja

<sup>9</sup> O contrato de abertura de conta costuma constituir a base de uma interpretação contratualista da relação bancária. Vide, por último, Pestana de Vasconcelos, *Direito Bancário*, cit., pp. 69 e segs.

contrapartidas imediatas ou perceptíveis por parte do cliente: nos termos, ao menos, de um nítido “sinalagma económico”.

O apelo aos usos como forma, apesar disso, de contornar as dificuldades e explicar através do contrato — designadamente do contrato de abertura de conta — a génese e o teor de uma relação duradoura entre o banco e o cliente<sup>10</sup> é, por sobre a equivocidade dos comportamentos em causa, insuficiente para justificar a natureza contratual de tal relação. Os usos não são declarações negociais: não dispensam nem substituem a vontade necessária para a fundamentação contratual de uma relação tão ampla como a pretendida. Mostram-se antes, quando existem e a bem ver, especialmente idóneos para justificar a natureza “fáctica” dessa relação (e o seu não aprisionamento pelas declarações das partes).

Na verdade, por força do contrato bancário geral que celebrese (como contrato-quadro de outras relações futuras), o banco renunciaria, em princípio, à possibilidade de decidir posteriormente, de forma totalmente autónoma, em função do seu *exclusivo* interesse, a celebração, ou não, de qualquer contrato futuro com esse cliente, ou os seus termos; implicando ainda, o referido contrato geral, que também não pudesse alterar ou restringir unilateralmente as cláusulas contratuais que tivessem sido inicialmente estabelecidas, promovendo contratos subsequentes com o seu cliente sujeitos a cláusulas distintas (sem precisar do consentimento deste para as alterar); nem desatender ou discriminar o cliente em futuras contratações, preferindo outros sujeitos, se nisso vir vantagem ou interesse.

É que — quanto a este último aspecto —, se em relação a certos serviços e operações bancárias de massa se pode facilmente aceitar que o banco assume efectivamente o dever de não recusar injustificadamente essas operações e o de não discriminação dos clientes, o mesmo não se pode evidentemente dizer de operações bancárias mais significativas e relevantes, em relação às quais o banco tenderá a querer manter toda a liberdade de decisão.

Com efeito e em princípio, no âmbito das vinculações contratuais, todo e qualquer exercício de uma posição jurídica das partes deixa de ser discricionário; pois ao celebrarem-no as partes abdicam, no que toca ao programa contratual, do livre arbítrio em prol da razoabilidade, sujeitando-se a limites de justificabilidade elementar do seu exercício perante a outra (por força, desde logo, da regra de conduta segundo a boa-fé). É central a ideia da razoabilidade intersubjectiva<sup>11</sup>, nos próprios espaços de discricionariedade que o contrato confere às partes.

Vinculações do banco do género descrito parecem, pois, excessivas e irreais, mesmo considerando a necessidade de tutela do cliente. Por contraste, a alternativa constituída pela ligação corrente de negócios — uma relação de facto projectada duradouramente para o futuro, visando a celebração de diversos negócios —, que, como relação de confiança, gera (tão-só mas necessariamente), nos termos do direito objectivo, deveres de protecção, cuidado ou consideração a cargo dos bancos e em benefício do cliente, evita facilmente todas essas dificuldades<sup>12</sup>.

Dir-se-á que nada impõe que um contrato bancário geral exclua a vinculação do banco à celebração de outros contratos com o cliente. Só que se instala então a dúvida sobre o interesse e a pertinência

<sup>10</sup> Assim, porém, Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, cit., p. 289.

<sup>11</sup> A expressão é de Baptista Machado, que com grande percuriência e clarividência explicou entre nós a concepção do texto (cfr. “A cláusula do razoável”, in *Obra Dispersa*, Braga, 1991, I, pp. 457 e segs.). Em conformidade com esta concepção refere Azevedo Ferreira, *A Relação Bancária*, cit., p. 698, o dever de fundamentação da recusa de celebração de contratos ulteriores. No contexto da relação bancária, sobre o dever de proporcionar serviços bancários “neutros”, em que não conte o perfil de risco do cliente, assim como o dever de igualdade de tratamento dos clientes nestes negócios, cfr. Francisco Mendes Correia, *Moeda Bancária e Cumprimento/O Cumprimento das Obrigações Pecuniárias Através de Serviços de Pagamento*, cit., pp. 641 e segs.

<sup>12</sup> Quanto à nossa posição, cfr. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., pp. 574-579, em especial nota 614.

de um contrato-quadro. Sendo que não é suficiente, na ausência de declarações nesse sentido, a alegação de que usos não impõem essa celebração. De facto, não imporão. Mas tal só significa que, no núcleo essencial que a define, a relação bancária não se alicerça na vontade das partes.

5. Esta a melhor explicação para os deveres de informação, de esclarecimento ou de conselho, que (invariavelmente) impendem sobre o banco.

Muito estranho é, na realidade, que os deveres que haveriam de constituir os elementos caracterizadores do tão badalado contrato bancário geral não se apresentem normalmente assumidos e aceites explicitamente pelos bancos em lado nenhum, nem se encontrem facilmente referidos num instrumento que os acolha, identifique e realce como deveres de prestar típicos a seu cargo. E que, bem vistas as coisas, o contrato de abertura de conta — habitualmente tido como aquele contrato que origina a relação bancária — não contenha, nem se defina tipicamente por aqueles deveres que caracterizam, *ex lege* e imperativamente, a relação bancária!

Anomalia tão perturbadora não se evita mediante a afirmação de que estes deveres não precisam de ser convencionados, por isso que decorrem do direito objectivo. É que se eles derivam da lei e das suas valorações — independentes da vontade das partes —, não configuram (logicamente!) a relação por força da vontade dos sujeitos e, por conseguinte, do exercício da sua liberdade contratual; muito embora possam conxionar-se com esta: serão consequências *ex lege* (quando muito quase-contratuais), mas não negociais, da conduta das partes — banco e cliente —, pois se não fundam na respectiva vontade de produção de efeitos jurídicos.

A relação bancária será, afinal, no seu cerne, uma relação de direito objectivo: radicada — é certo — num comportamento das partes, mas não num contrato entre elas celebrado.

O seu cerne específico é constituído por deveres de protecção que impendem sobre o banco — um conjunto de deveres de consideração e de cuidado para com o cliente e dirigidos à tutela dos seus interesses (tendo por objecto informações, conselhos, etc., tal qual reconhece, ao menos em parte, o RGICSF) —, e que se distinguem daqueles deveres de prestar que possam ser objecto de contratos celebrados ou a celebrar entre o banco e o seu cliente.

Só são deveres de prestar, principais ou secundários, os que constituem ou integram a causa do contrato; aqueles em vista dos quais o negócio é celebrado, cujo cumprimento se destina, portanto, a viabilizar o *status ad quem* a que o contrato vai endereçado<sup>13,14</sup>. Os demais representam deveres de protecção das partes entre si. Por aqui se vê facilmente que o conjunto de deveres estabelecidos, *v. g.*, no RGICSF não pertencem à primeira categoria, mas à segunda.

Deste modo, a relação bancária configura-se, no seu núcleo essencial, como uma *relação de protecção*<sup>15</sup> do cliente (constituída, portanto, por deveres de protecção): não enquanto *relação de prestação*. Nesta função, ela propicia um enquadramento onde se podem enxertar e dispor

<sup>13</sup> Os deveres instrumentais (da realização da prestação) são meras concretizações da conduta devida, não apresentando autonomia face aos deveres de prestar.

<sup>14</sup> Conferindo ao credor o “título de aquisição” do objecto da obrigação correspondente (mediante a sua atribuição ao credor, ordinariamente através da deslocação, de índole patrimonial, que a realiza). A propósito, cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação/Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Lisboa, 1988, esp. pp. 61 e segs.

<sup>15</sup> Em geral, em favor de uma “descontratualização” dos deveres de protecção e da correspondente relação, já o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994, pp. 92 e segs., e *passim*.

os contratos que o banco venha a celebrar com o cliente, avulsamente, ou predispostos numa união de contratos, externa ou interna<sup>16</sup>.

Porque assim é se explica que a jurisprudência também não sinta o mais das vezes qualquer necessidade de indagar da existência e validade de um contrato bancário entre o cliente e o banco — nem de averiguar o teor das cláusulas contratuais, gerais ou individualizadas, que o integram — para decidir questões de responsabilidade bancária por violação desses deveres e, em particular, dos deveres de informação<sup>17</sup>. Mesmo sem debater a fundo a natureza da relação bancária, os tribunais parecem mostrar, pois, pelo menos, que, na prática, é (o mais das vezes, nos casos submetidos à sua apreciação) completamente despidiend a concepção contratualista de tal relação.

6. Aliás, só essa sua independência e autonomia da vontade juridificadora das partes permite justificar a irrenunciabilidade dos direitos correspondentes aos deveres (de protecção) nucleares dessa relação por parte do cliente, assim como a indisponibilidade alargada da tutela que eles desse modo auferem (em virtude de cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade), ao contrário do que ocorreria se de genuínas obrigações *ex voluntate* se tratasse<sup>18</sup>.

Do mesmo modo, não se compreenderia que tais deveres estivessem dependentes sem mais da não ocorrência de algum vício na formação do contrato e antes se apresentem, na verdade, a eles (em grande medida) imunes, como é mister reconhecer (considere-se, *v. g.*, o erro do cliente, a usura, o dolo do banco, uma preterição da forma exigida).

A admissão, para abarcar este cenário, de uma alternativa entre a vontade das partes ou o direito objectivo como base da relação bancária — consoante o contrato bancário fosse ou não válido — introduz uma esquizofrenia no fundamento dos deveres, que passa a oscilar em função de factores na realidade externos à autodeterminação das partes.

Não se entendendo também, da perspectiva contratualista da relação bancária, que os deveres que consideramos se não possam excluir em virtude da ocorrência de um erro de direito a seu respeito (sobre a sua existência, alcance ou consequências).

Na verdade, estes deveres de que falamos decorrem do direito objectivo. A falta e os vícios da vontade negocial não os atingem nem perturbam.

<sup>16</sup> Sobre uniões de contratos que implicam o direito bancário, pode ver-se, em especial, Gravato Morais, *Uniões de Contratos de Crédito e de Venda para Consumo. Efeitos para o Financiador do Incumprimento pelo Vendedor*, Coimbra, 2004, *passim*.

O que dizemos não obsta, por outro lado, à possibilidade de celebração de contratos-quadro (como os relativos à disponibilidade de serviços de meios de pagamento no âmbito da relação bancária estabelecida ou em união de contrato com, por exemplo, o contrato de abertura de conta, tudo sem prejuízo da natureza não contratual das operações de pagamento); sobre o tema, extensamente, Francisco Mendes Correia, *Moeda Bancária e Cumprimento/O Cumprimento das Obrigações Pecuniárias Através de Serviços de Pagamento*, *cit.*, pp. 618 e segs.; perspectiva não coincidente em Maria Raquel Guimarães, *O Contrato-Quadro no Âmbito da Utilização dos Meios de Pagamento Electrónicos*, *cit.*, *passim*, p. 507.

<sup>17</sup> Vide, por último, exemplificativamente, os Acórdãos do STJ de 19/12/2018 (Ilídio Sacarrão Martins), ou de 19/12/2018 (Sousa Lameira). Outra jurisprudência refere a relação negocial bancária, mas sem sentir aparentemente necessidade de especiais indagações acerca do ou dos contrato(s) que lhe possa(m) ter dado origem: *cfr.* o Acórdão do STJ de 9/1/2019 (Oliveira Reis); ainda, *v. g.*, o Acórdão do STJ de 5/2/2019 (Alexandre Reis), onde se discutiu uma possível violação de deveres tidos na decisão por pré-contratuais de um contrato de depósito do universo BES.

<sup>18</sup> A possibilidade de excluir ou limitar a responsabilidade não é igual em todos os âmbitos e sectores; *cfr.*, em geral, Pinto Monteiro, *Cláusulas de Limitação e Exclusão de Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1985, *passim*.

O que denuncia a impropriedade das concepções contratualistas. São há muito conhecidas as dificuldades de fazer sediar os deveres de consideração, cuidado e protecção que constituem a relação obrigacional complexa na vontade dos sujeitos. Não retomaremos este ponto<sup>19</sup>.

7. Apenas uma concepção não contratualista compreende também a relação bancária nos *interstícios* dos vários contratos bancários que o cliente celebre com o seu banco (por exemplo, no intervalo temporal, maior ou menor, entre a resolução ou a caducidade de um contrato e a celebração de outro): o que a construção da relação bancária como *ligação corrente de negócios*<sup>20</sup> potenciadora da celebração de contratos vários entre o banco e o cliente — entendida, nesse sentido, como uma relação pré-contratual — permite comodamente resolver.

Decisivo é que ela existe, ou pode existir, com independência de um acordo de vontades e da sua validade. É missão da dogmática jurídica explicá-lo.

O que parece impor-se e se afigura certo é que a relação bancária não pode ser concebida em alternativa, de modo duplo, consoante as circunstâncias: umas vezes como contratual, quando exista contrato, outras enquanto não contratual, se ele não existe, se é inválido ou ineficaz, ou se não abrange a realidade a considerar.

Pois, como é óbvio, se uma qualidade ou característica pode ou não, dependendo da situação, integrar um conceito, tal significa que ela não é inerente à sua compreensão, nem pertence ao seu núcleo essencial.

8. Não obsta a alegação de que os contratos de abertura de conta dispõem com frequência de cláusulas contratuais gerais que regulam amplamente as relações com o cliente. É que a relação bancária não se pode identificar com os efeitos de tal tipo de contrato (isto é, com os direitos e deveres directamente dele emergentes), nem é susceptível de se lhe reduzir ou de por ele ser dogmaticamente absorvida, como logo se vê pela possibilidade de ele não existir, ou se mostrar, tal qual vimos, por qualquer causa, ineficaz.

Aliás, as cláusulas contratuais gerais predispostas pelos bancos para uma inclusão em contratos singulares — de abertura de conta, por exemplo, ou de outro tipo — só poderão, por si mesmas, fundar um contrato bancário *geral*, na medida em que procedam a uma efectiva contratualização de *toda* a relação do cliente com a Banca: quando, portanto, transcendam, afinal, o simples propósito de regular o objecto precípua de tal contrato (tipicamente, uma abertura de conta). Quaisquer que sejam, as cláusulas contratuais gerais vinculam apenas dentro do âmbito da relação que disciplinam, não para além dela.

Pelo que não será que as cláusulas contratuais gerais só logram contratualizar a totalidade da relação do banco com o cliente se e na medida em que transcendam o contrato bancário específico em que se encontram inseridas? Parece que tal só poderá ocorrer caso o referido contrato represente um contrato-quadro, normativo em relação a outros negócios que venham a celebrar-se: definindo rigidamente, também para o banco, parâmetros vinculativos para acordos futuros. Duvidamos de que os contratos de abertura de conta tenham, em muitos casos ao menos, este tipo de efeitos.

<sup>19</sup> Cfr. o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., passim.

<sup>20</sup> Sobre a figura, pode ver-se o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., pp. 575 e segs., e nota 614.

De todo o modo, as relações entre um banco e um cliente podem sempre ultrapassar o campo de um contrato-quadro que tenha sido celebrado. Como acima se recordou, as cláusulas contratuais nunca conseguem aprisionar as partes para lá do que elas pretenderem ou tenham conseguido abarcar.

Os sujeitos são, portanto, livres de se afastarem de tais cláusulas em futuros contratos, que nem por isso a relação bancária se interrompe ou suspende, ainda que momentaneamente, ou deixa de existir, modelada doravante de outra forma por outras cláusulas, pois se funda sempre, e directamente, no direito objectivo.

De resto, se as cláusulas contratuais gerais usadas pelos bancos — nomeadamente no contrato de abertura de conta — fossem constitutivas da relação bancária, de que modo se resolveria o regime respectivo nas hipóteses de cláusulas sobrepostas ou conflituantes? E que fazer quando o sujeito abre sucessivamente várias contas subordinadas a regimes diferentes, isto é, caso tenha várias contas, todas elas sujeitas a uma disciplina diversa, porventura incompatível? Haveria substituição das relações bancárias, ou uma multiplicidade delas? Não será muito mais realista e adequado admitir-se a unicidade da relação bancária, embora integrante ou compreensiva de vários contratos, porventura sujeitos a regras distintas?

9. Só a independência da relação bancária relativamente ao acto de autonomia privada dos sujeitos em que se traduz o contrato explica, ainda, que os deveres bancários podem certamente referir-se a terceiros, estranhos ao contrato: pense-se numa abertura de conta e nos sujeitos autorizados a movimentá-la pelo respectivo titular; ou naqueles a favor de quem são ordenadas operações pelo seu titular. Os deveres do banco para com certos terceiros em relação a um (eventual) contrato celebrado com o cliente mostram que a relação bancária se deve constituir como uma relação obrigacional sem deveres de prestar, com (possibilidade de) protecção para terceiros<sup>21</sup>.

10. A dúvida sobre o carácter contratual dos deveres bancários constitutivos da relação bancária (de cuidado, informação, conselho, transparência, lealdade, etc.) instala-se facilmente se se pondera o elemento da onerosidade enquanto indício ou critério do carácter negocial de uma certa relação (à semelhança da *consideration* anglo-saxónica). É que, no mundo “duro” dos negócios, uma vinculação contratual só é de presumir na medida em que haja atribuições ou sacrifícios patrimoniais correspectivos; a gratuitidade, pelo contrário, induz à consideração, ou do carácter voluntário, não vinculativo, dos comportamentos implicados ou prometidos, ou do carácter heterónimo, ou imposto, desses comportamentos.

É precisamente a falta de estabelecimento de uma remuneração pela prestação de informações ou aconselhamento na relação bancária — e o mesmo se pode afirmar a respeito da relação de intermediação financeira — que aponta para a natureza não contratual (ou contratualizada) de tais deveres. Pouco importa dizer-se que o banco se remunerará, afinal, mediante os contratos que espera celebrar subsequentemente com o cliente: tal só significa que não há qualquer sinalagma jurídico que suporte a negocialidade de tais deveres, antes acentua o seu carácter preliminar,

<sup>21</sup> Sobre estas noções, mais desenvolvidamente (e estabelecendo algumas conexões com a realidade dos negócios bancários), pode ver-se o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., pp. 135 e segs., e nota 108, e pp. 141 e segs., e nota 108. Veja-se, em todo o caso, também Nuno Pinto de Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, pp. 164 e segs., pp. 168 e segs. (aludindo igualmente à relação bancária como relação corrente de negócios).

preparatório ou pré-negocial relativamente às vinculações contratuais que eventualmente venham a seguir-se.

Mas há outro aspecto: se os deveres hão-de ser, na tese que consideramos, contratuais, fundados na vontade das partes, então o expectável é que o seu conteúdo seja, *ex ante*, minimamente determinável e previsível para os sujeitos, pois de contrário não é verosímil aceitar que tenham sido efectivamente queridos e estabelecidos pelos sujeitos. Ora, o grau de exigência que uma vontade negocial razoável coloca na previsibilidade e na determinabilidade dos comportamentos a que o sujeito se vincula por essa mesma vontade não tem de reclamar-se tratando-se de condutas impostas pelo direito objectivo. Estamos agora no domínio da heteronomia, e a ordem jurídica pode contentar-se, ao contrário da vontade negocial típica, com descrever genericamente os comportamentos a observar, aceitando a sua variabilidade em função das circunstâncias, mesmo não as especificando ou prevendo com rigor: como, aliás, é típico dos deveres de consideração e de protecção a cargo das partes.

Está em causa a distinção entre deveres de prestar e deveres de consideração e de protecção.<sup>22</sup> Uma ciência jurídica preocupada em não incorrer em meras ficções relevará certamente este ponto.

11. As limitações das teses contratalistas para fundamentar os deveres essenciais da relação bancária não impedem que tais deveres pertençam, do ponto de vista dogmático, essencialmente, ao “direito dos contratos” — ao direito objectivo dos contratos —, mobilizando noções dogmáticas como a *culpa in contrahendo*, a ligação corrente de negócios, a relação obrigacional complexa, a relação obrigacional sem deveres primários de prestação e os deveres de protecção.

Contudo, a caracterização da relação bancária enquanto relação cuja relevância se fundamenta no direito objectivo — e que não decorre, em si mesma, de um contrato por no seu núcleo essencial ser dele independente, ainda quando ele exista — é ainda insuficiente para a identificar, pois muitas outras relações comungam de características similares. As categorias dogmáticas que importa, como vimos, convocar para compreender adequadamente a relação bancária — tais como a da relação obrigacional sem deveres (principais) de prestação ou a da ligação corrente de negócios — comungam das mesmas insuficiências: afinal, são comuns, e podem predicar-se, de outras muitas relações da vida.

Quer dizer que uma mesma estrutura dogmática pode, pelo seu carácter abstracto, manifestar-se em diversas relações da vida, incarnado, nessa medida, em referentes de sentido diferentes, consoante a realidade subjacente.

Há, portanto, que completar a caracterização da relação bancária.

Neste ponto, o que importa é frisar que a relação bancária corresponde a uma *relação social típica*, dotada de uma certa relevância normativa (no seu cerne modelada por um regime jurídico de direito objectivo).

Claro que a relação bancária não configura propriamente um tipo contratual: representa, sim, um *tipo relacional (de relação)*.

<sup>22</sup> Remetemos, por último, para o nosso “Deveres (ditos) acessórios e arrendamento”, in *Forjar o Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2019, pp. 135 e segs.

Tendo presentes distinções tradicionais elaboradas, a respeito dos contratos, pelas doutrinas do “tipo”<sup>23</sup>, diremos ainda que a relação bancária constitui um *tipo normativo real* (*normativer Realtypus*); *de frequência*, porque surgindo, na realidade dos factos, reiterativamente; conformada pelas valorações jurídicas implicadas pelo regime jurídico que lhe está associado; e *integrativa*, portanto, de dimensões de “ser” e “dever-ser” próprias e identificativas.

A relação bancária tem também tipicidade legal, como vimos, por isso que a lei a representa e configura. Mas tal tipicidade é *incompleta*, deixa vários aspectos na sombra, como, aliás, a presença de usos bancários revela.

Corresponde, nessa medida, a um *tipo legal aberto*, inconcluso. O que está longe de ser uma desvantagem, pois a relação bancária encontra-se deste modo permeável à dinâmica da vida. E, como é próprio da doutrina do tipo, pode dizer-se que os elementos que o caracterizam se organizam também em *sistema*, embora, por natureza, *móvel*<sup>24</sup>.

Considerando precisamente a relação bancária como correspondente a um tipo legal por definição generalizador, e aberto, os contratos bancários, a começar pelo de abertura de conta, podem efectivamente especificar, concretizar, modelar e desenvolver particulares relações bancárias. Nesse sentido, as relações bancárias, mesmo quando correspondam a fenómenos de contratação em massa, devem sempre e ainda distinguir-se da relação bancária propriamente dita a que dedicamos a nossa análise.

Por fim: os tipos — diz-se — não são susceptíveis de definição, antes (apenas) de descrição. Mas podem ser objecto de categorizações dogmáticas.

Assim sendo, a relação bancária, distinguível do contrato bancário (ainda quando ele exista), remete para a noção dogmática, mais ampla e aglutinadora, das relações obrigacionais sem deveres de prestação, pois este último género de relações não exclui a existência, em simultâneo, de contratos entre as partes (onde eles se verifiquem), nem a complementariedade com eles.

12. Uma referência breve merece, por fim, a frequente identificação da relação bancária com “relação de confiança”. Tanto mais que a doutrina não se tem detido na equivocidade do termo, que transporta todas as ambiguidades da difícil dogmática da confiança.

Fulcral é saber se a confiança em causa é uma confiança real, ainda que (tão-só) presumida, ou antes ficta, ou ainda, e apenas, (de criação) intencionada pela disciplina<sup>25</sup>.

O direito objectivo determina-o. Nada impõe que o sujeito da relação bancária faça a prova positiva da confiança e dos seus requisitos, na medida em que a confiança se reporte a uma realidade típica e, assim, presumida. Além disso, a ordem jurídica pode pretender que a relação bancária corresponda a um “espaço jurídico” onde as partes possam confiar uma na outra: considerando-a “de confiança” independentemente de que uma delas acredite efectivamente na outra (como pressuposto da tutela que lhe proporciona), e que baste para um efeito “haver de poder confiar-se”. É o que acontece com enorme frequência nas relações mediante as quais alguém assume a curadoria dos interesses de outrem, e que outrem lhe “confia”. O “confiar” implica normalmente

<sup>23</sup> Pode ver-se, a respeito, Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Coimbra, 1995, pp. 21 e segs., assim como RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, 2000, pp. 27 e segs.

<sup>24</sup> A expressão adequa-se também à doutrina do tipo, mas importa não olvidar que a ideia subjacente tem outras aplicações fora dela.

<sup>25</sup> Remete-se, neste ponto, para o que escrevemos a respeito das relações de confiança em geral, suas notas e seus corolários – cfr. o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., pp. 474 e segs., mas também pp. 389 e segs., pp. 544 e segs., e *passim*.

uma exposição a riscos do respectivo titular, pois este encontra-se tipicamente em posição potenciadora de causação de danos a esses interesses. Por isso, é onerado com deveres acrescidos, de protecção dos interesses alheios que tem à sua guarda.

Neste tipo de situações há uma normatização da confiança: pretende-se criar confiança (a confiança passa a dever-ser, em vez de constituir um ser — um *quid* de facto — ao qual o Direito confere protecção em certos termos). Sendo que institucionalizar então (um espaço de) confiança não constitui um fim em si: a ordem jurídica só promove a confiança dos sujeitos em virtude de outras *rationes iuris*, situadas para lá de tal confiança, que importa indagar.

Trata-se de poder confiar porquê, ou em ordem a quê? Que critérios de segundo grau (metacrítérios) relevarão aqui? Por exemplo, tratar-se-á, na relação de confiança bancária, essencialmente, de tutelar a liberdade de contratar do cliente — a formação esclarecida e livre da vontade —, ou antes de o proteger contra a injustiça dos contratos e das relações que estabeleça? E, neste último caso, a protecção contenta-se com o aviso ou a informação a respeito — nos termos de um modelo informativo de tutela —, ou vai mais longe, permitindo ao contraente desvincular-se dele, como tutela correctiva?<sup>26</sup>

Não podemos prosseguir. Contudo, a relação de confiança pode albergar qualquer uma das dimensões enunciadas. Por uma ou outra forma deve, portanto, considerar-se uma relação de confiança<sup>27</sup>. Constitui, como tal, uma “ligação especial (*Sonderverbindung*)”, susceptível de expressar exigências especiais (de curadoria de interesses, de aconselhamento, de informação, de assistência, etc.).

13. É tempo de concluir. Em jeito de balanço, parece que a perspectiva não contratualista da relação bancária é bem mais apta a responder às questões e aos desafios prático-normativos que apresentamos.

Dir-se-á que nada impõe uma noção analítica da relação bancária — desacoplando-a dos contratos entre banco e cliente —, construída em função de tais desafios; que bem poderá adoptar-se um conceito compreensivo dessa relação, que a capte na sua fenomenologia integral mais frequente: porque a generalidade das relações entre bancos e clientes é moldada por contratos, porque as relações entre eles lhes é evidentemente sensível, e porque só a consideração do contrato permite habitualmente apreender de modo completo essas relações. Certamente.

Só que a tese contratualista claudica, como vimos, em tudo aquilo em que a vontade das partes não releva ou pode releva. Bifurca, sem necessidade, a relação bancária, que, binariamente, ora se toma como contratual, ora se tem de tomar enquanto quase-contratual, sacrificando a unidade dogmática da respectiva noção. (Quando na verdade se deverá dizer antes que a relação bancária se pode manifestar, ou não, no âmbito de relações contratuais entre banco e cliente).

<sup>26</sup> Cfr., a propósito, o nosso estudo “Autonomia privada e justiça contratual/Nos 50 anos do Código Civil”, in *Forjar o Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2019, pp. 23 e segs., e, bem assim, a respeito da intermediação financeira, mas com aplicação à relação bancária (ela própria também, muitas vezes, uma relação de intermediação financeira), o nosso “A responsabilidade dos intermediários financeiros por informação deficitária ou falta de adequação dos instrumentos financeiros”, in *O Novo Direito dos Valores Mobiliários/1 Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros*, Coimbra, 2017, pp. 401 e segs.

<sup>27</sup> Cfr. o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., pp. 474 e segs. e 544 e segs., e notas respectivas. A categoria é mais ampla do que a do “trust”, beneficiando embora das interpretações e construções em torno desta figura: cfr., a propósito, Maria João Vaz Tomé/Diogo Leite de Campos, *A Propriedade Fiduciária (Trust)/Estudo para a sua consagração no direito português*, Coimbra, 1999, *passim*.

Com o que, descrevendo embora a forma mais frequente por que se apresentam as relações entre bancos e clientes, essa tese não identifica, na verdade, aquele *quid* específico e identificador *da relação bancária* (em si mesma).

Persuadimo-nos, pois, que do ponto de vista da operacionalidade para o discurso jurídico, a vantagem pertence ao entendimento, unitário, que propomos. A concepção exposta será — cremos — a que melhor realiza as mais importantes funções da dogmática jurídica: descritiva, simplificadora (da argumentação), construtiva, de controlo e heurística.

Manuel Carneiro da Frada

## 2 Os desafios jurídicos do projeto de criação e emissão de um euro digital

Gisela Teixeira Jorge Fonseca<sup>28</sup>

Dina Freitas Teixeira<sup>29</sup>

### **Abstract**

*Issuing a central bank digital currency of general access is a project that could originate relevant and complex legal issues. If such issuing occurs within the context of an Economic and Monetary Union, likewise the European Union, such legal matters could spark even more interest and additional legal issues. The study identifies the fundamental legal challenges of the digital euro project as a central bank digital currency, namely its issuing model (account or token-based), legal tender, access, detention limits and privacy.*

*The present work was drafted before the European Commission presented its legislative proposal establishing the legal framework for a digital euro. Nevertheless, an epilogue regarding the proposal was added. Without prejudice to the legislative proposal helping to tackle some of the questions charted here, the proposal would not solve all challenges and obstacles posed to the issuance of a digital euro, thus one could anticipate that legal discussions surrounding this project will continue or could even be accentuated in the upcoming times.*

### **Resumo**

A emissão de uma moeda digital de banco central de acesso mais ou menos generalizado é, por si só, um projeto suscetível de gerar questões jurídicas interessantes e complexas. Se essa emissão ocorrer no contexto de uma União Económica e Monetária, como é o caso da União Europeia, tais questões jurídicas despertam, porventura, ainda maior interesse e desafios jurídicos adicionais.

O presente estudo identifica desafios jurídicos fundamentais do projeto de emissão de um euro digital, enquanto moeda de banco central. Destacam-se as questões do modelo (*account* ou *token-based*), do curso legal, do acesso, dos limites à detenção, e da privacidade.

O presente artigo foi redigido antes da apresentação da proposta de Regulamento sobre a introdução do euro digital, incluindo ainda assim um epílogo sobre a referida proposta. Sem prejuízo de se antecipar que esta proposta de Regulamento, possa dissipar algumas das

<sup>28</sup> Departamento de Serviços Jurídicos do Banco de Portugal.

<sup>29</sup> Departamento de Serviços Jurídicos do Banco de Portugal.

questões aqui mapeadas, a proposta não resolverá, por si, todos os desafios e dificuldades que se colocam à emissão do euro digital, pelo que se antecipa que as discussões jurídicas sobre o projeto se mantenham ou até venham a acentuar-se nos próximos tempos.

*It did not start with banknotes and coins, and it will not end with banknotes and coins.*

**Stefan Lindskog (antigo Presidente do Supremo Tribunal da Suécia), Electronic central bank money from a legal perspective**

## Nota introdutória

O presente estudo procura identificar desafios jurídicos suscitados pela possibilidade de criação e implementação de um euro digital<sup>30</sup>, enquanto moeda digital de banco central de acesso mais ou menos generalizado, analisando, entre outros tópicos, as seguintes questões fundamentais: (i) o conceito de moeda de banco central; (ii) a base jurídica para a emissão do euro digital; (iii) a eventual atribuição de curso legal ao euro digital, bem como as consequências jurídicas desse estatuto; e, (iv) opções de desenho do euro digital.

Atendendo a que se trata da análise de questões associadas a um projeto em construção e muito dependente de opções políticas ainda em aberto, não se pretende aqui dar uma resposta definitiva às questões identificadas, mas ao invés, mapear desafios que, do ponto de vista jurídico, merecem uma reflexão mais aprofundada.

O contexto em que surgiu a ideia de criação e emissão de um euro digital liga-se, em grande medida, ao aparecimento e crescimento de novas soluções de pagamento no setor privado associadas a novas tecnologias, designadamente as moedas virtuais como a *Bitcoin*, sustentadas em *Distributed Ledger Technology* (DLT), de que a *Blockchain* se apresenta atualmente como o exemplo mais conhecido<sup>31</sup>.

Nesta linha, a independência das moedas virtuais face ao sistema financeiro tradicional, bem como a sua alegada eficiência, que terá conduzido ao surgimento de um mercado de criptoativos, contribuirão (entre outros fatores) para a redução da utilização do numerário em várias jurisdições<sup>32</sup>. É neste enquadramento que terá despertado o interesse dos bancos

<sup>30</sup> O presente estudo baseia-se no enquadramento factual e normativo verificado até 1 de junho de 2023, pelo que os eventuais desenvolvimentos subsequentes não são ponderados para efeitos da presente análise. Contudo, atenta a relevância da proposta de Regulamento relativo à introdução do euro digital (que não foi tida em conta na elaboração do estudo), divulgada pela Comissão Europeia, a 28 de junho de 2023, entendeu-se adequado incluir um breve epílogo com a análise das soluções apresentadas nessa proposta relativamente à base jurídica, curso legal e distribuição do euro digital à luz das preocupações suscitadas ao longo deste estudo. A referida proposta encontra-se disponível através da seguinte hiperligação: [https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-06/230628-proposal-digital-euro-regulation\\_en.pdf](https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-06/230628-proposal-digital-euro-regulation_en.pdf).

<sup>31</sup> O conceito de “moeda virtual” encontra-se presentemente definido na Diretiva (UE) 2019/713, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa ao combate à fraude e à contrafação de meios de pagamento que não em numerário, e na Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, a qual adita ao artigo 3.º da Diretiva (UE) 2015/849, a noção de moeda virtual, definindo-a como “*uma representação digital de valor que não seja emitida ou garantida por um banco central ou uma autoridade pública, que não esteja necessariamente ligada a uma moeda legalmente estabelecida e não possua o estatuto jurídico de moeda ou dinheiro, mas que é aceite por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca e que pode ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrónica*”.

<sup>32</sup> Neste sentido, o estudo do BCE intitulado “Study on the payment attitudes of consumers in the euro area, dezembro de 2020, disponível através da seguinte hiperligação: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.spacereport202012-bb2038bbb6.en.pdf?05ce2c97d994bfc1c93213ca04347dd>.

centrais para possibilidade de ser criada e implementada uma Moeda Digital de Banco Central (*central bank digital currency*, doravante MDBC)<sup>33</sup>, acessível a todos os cidadãos e empresas, que permitisse dar resposta às novas exigências da era digital.

A MDBC já foi objeto de estudo por parte de várias autoridades<sup>34</sup>. Na fase inicial desses estudos, as análises oficiais demonstravam algumas reservas em termos de desenvolvimento de projetos relacionados com a emissão da MDBC. Contudo, o ponto de viragem do debate ocorreu em 2019 com o anúncio do projeto *Libra* pela *Libra Association (Facebook)*, que visou a criação de uma *stablecoin*<sup>35</sup>. Com efeito, a ascensão dos criptoativos, a digitalização da economia, e a concorrência de projetos de iniciativa privada incentivaram os bancos centrais a acelerarem os estudos sobre a possível emissão de moedas digitais, de modo a garantirem a sua função de manutenção da estabilidade monetária e financeira, bem como a fiabilidade e controlo dos sistemas de pagamentos.

Efetivamente, a salvaguarda da manutenção da estabilidade dos preços, que constitui objetivo primordial do Sistema Europeu de Bancos Centrais (doravante SEBC), não se compadece com a emergência de projetos de iniciativa privada que visem (com razoáveis perspetivas de sucesso), de algum modo, substituir a moeda oficial (o euro), como meio de troca fundamental na economia europeia, algo que se perspetivava que pudesse suceder com a *Libra*, dada a virtualidade de tornar-se uma *stablecoin* global com milhões de utilizadores na União Europeia.

Por outro lado, a redução da utilização do numerário, que se acentuou com o período pandémico e com os receios que este criou na população, tem suscitado a ideia de que a emissão de uma moeda digital de banco central se afiguraria muito importante para assegurar que continua a existir uma moeda oficial forte que possa servir de âncora monetária de todo o sistema. Trata-se aqui, portanto, de introduzir uma perspetiva de soberania monetária da União, no pressuposto de que as atribuições fundamentais do SEBC — desde logo a política monetária — dependem da existência e relevância dessa moeda oficial forte, que poderá ser o numerário, mas também, no futuro, crescentemente, a MDBC<sup>36</sup>.

A criação do euro digital poderia, igualmente, desenvolver uma maior autonomia da União Europeia no que diz respeito a modelos, soluções e *schemes* de pagamento, sendo que, atualmente, existe alguma dependência relativamente a empresas não-europeias, o que, numa perspetiva de autonomia estratégica, poderá suscitar algumas preocupações. Assim, a criação do euro digital poderia potenciar o desenvolvimento e a consolidação de um sistema de pagamentos europeu inovador, competitivo e resiliente, contribuindo, desse modo, igualmente, para o reforço do processo de integração europeia.

<sup>33</sup> Apresentando os resultados de um inquérito a 50 bancos centrais sobre os seus projetos relativos à emissão de MDBC, o estudo do BIS “CBDCs beyond borders: results from a survey of central banks”, BIS Papers No 116, Raphael Auer, Codruta Boar, Giulio Cornelli, Jon Frost, Henry Holden and Andreas Wehrli, junho de 2021, disponível através da seguinte hiperligação: <https://www.bis.org/publ/bppdf/bispap116.pdf>.

<sup>34</sup> A título de exemplo, o relatório conjunto do *Committee on Payments and Market Infrastructures* e do *Markets Committee* do BIS, “Central bank digital currencies”, março 2018, disponível através da seguinte hiperligação: <https://www.bis.org/cpmi/publ/d174.pdf>.

<sup>35</sup> Em dezembro de 2020, a *Libra Association* passou a designar-se *Diem Association*. O projeto viria a terminar em janeiro de 2022, segundo se pode ler na publicação do seu CEO, Stuart Levey, por dificuldades com as autoridades de regulação dos EUA: <https://www.diem.com/en-us/updates/stuart-levey-statement-diem-asset-sale/>.

<sup>36</sup> Segundo o BCE, a emergência de uma *stablecoin* global poderia gerar sérios riscos para a estabilidade do sistema financeiro e ter graves implicações na transmissão da política monetária, ECB Crypto-Assets Task Force (2020), “Stablecoins: Implications for monetary policy, financial stability, market infrastructure and payments, and banking supervision in the euro area”, Occasional Paper Series, Nº 247, BCE, Setembro 2020. Além disso, importa referir que se segue no presente estudo, a definição de “stablecoin” como “digital units of value that are not a form of any specific currency, or basket thereof, and that rely on a set of stabilization tools to minimise fluctuations of their price against such currency, or currencies” avançada por Dirk Bullmann, Jonas Klemm e Andrea Pinna, no estudo do BCE intitulado “In search for stability in crypto-assets: are stablecoins the solution?”, Occasional Paper Series, No 230, Agosto de 2019, disponível através da seguinte hiperligação: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op230-d57946be3b.en.pdf>.

## 2.1 O projeto do euro digital enquanto moeda de banco central: definições e consequências

Usualmente a moeda é apresentada como um meio que pode ser utilizado universalmente para a realização de transações de bens e serviços, comportando as funções de: (i) meio geral de troca, por se assumir como intermediário na troca de bens e serviços; (ii) unidade de conta, estabelecendo uma referência entre os bens ou serviços trocados; e, (iii) reserva de valor, no sentido de assegurar no tempo a estabilidade tendencial do valor representado.

Deste modo, um instrumento que comporte estas três funções poderá ser considerado moeda. A moeda pode ainda assumir três formas basilares: (i) a forma escritural, configurando o mero saldo de uma conta aberta junto de um banco central ou de uma instituição de crédito; (ii) a forma física, i.e., notas e moedas emitidas por um banco central; e, por último, (iii) a forma eletrónica, que representa um valor monetário armazenado eletronicamente, representado por um crédito sobre o emitente e emitido após receção de fundos<sup>37</sup>.

Além disso, distingue-se habitualmente, no caso da moeda escritural, a moeda de Banco Central (Central Bank Money) referente a contas de liquidação ou contas de reservas mínimas existentes junto dos bancos centrais (porventura, esta poderia designar-se de *moeda escritural de Banco Central*), da denominada moeda de Banco Comercial (Commercial Bank Money), esta última referindo-se aos saldos credores junto dos bancos comerciais que representam um crédito dos titulares dessas contas sobre os mesmos e que podem ser convertidos numa solicitação de moeda física (ou seja, notas e moedas de euro)<sup>38</sup>. Como aspetos principais da distinção entre moeda de Banco Central e moeda de Banco Comercial surge a circunstância de o acesso à moeda de Banco Central não ser generalizado, isto é, o acesso à moeda de Banco Central só ser concedido a entidades que são elegíveis para ser contrapartes dos bancos centrais, e não oferecer risco de crédito<sup>39</sup>, sendo este o veículo por excelência para a liquidação de pagamentos de grande montante. Diferentemente, a moeda de Banco Comercial é de acesso tendencialmente generalizado, mas, caso a instituição se torne insolvente, os credores dos saldos das contas existentes nessas instituições não beneficiam de qualquer garantia por parte do Banco Central, de que poderão recuperar os valores depositados<sup>40</sup>.

Voltando à emissão de moeda de Banco Central e mais concretamente à emissão do euro digital, notamos que a mesma pode seguir dois modelos distintos: o modelo *account-based* e o modelo *token-based*. As implicações jurídicas destes dois modelos, carecem, sem dúvida, de discussão.

<sup>37</sup> Seguimos aqui de perto a definição de moeda eletrónica que consta do artigo 2.º, ponto 2), da Directiva 2009/110/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de setembro de 2009 relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica, ao seu exercício e à sua supervisão prudencial. A moeda poderá assumir um formato físico ou não físico. No primeiro caso, o numerário representa um meio de pagamento acessível a toda a sociedade e o seu valor é sustentado pela credibilidade do banco central. Como exemplo de expressão monetária num formato não físico, a moeda eletrónica é definida como valor monetário armazenado eletronicamente, inclusive de forma magnética, representando um crédito sobre o emitente e é emitida após a receção de notas de banco, moedas e moeda escritural, para efetuar operações de pagamento. A moeda eletrónica é aceite por uma pessoa singular ou coletiva diferente do emitente de moeda eletrónica, nos termos da definição indicada.

<sup>38</sup> Sobre esta distinção, Mendes Correia, Francisco, *Moeda Bancária e Cumprimento. O Cumprimento das Obrigações pecuniárias através de Serviços de Pagamento*, Almedina, Coimbra, 2017, p.310 e 311 e Fonseca, Gisela, *An analysis of the legal impact of central bank digital currency on the European payments landscape*, *Journal of Payments Strategy & Systems* Volume 13 N.º 4, p. 290 e 291.

<sup>39</sup> O risco de crédito representa o risco que uma contraparte não consiga liquidar o montante total de uma obrigação, na data do seu vencimento ou *a posteriori*. O referido risco não existe quando a contraparte é um Banco Central, uma vez que o habitual conceito de “insolvência” não se aplica aos bancos centrais. Sobre este e outros riscos relacionados com o funcionamento dos sistemas de pagamentos, Kokkola, Tom (Ed.), *The Payment System – Payments, Securities and Derivatives and the Role of the Eurosystem*, ECB, 2010, p. 115 a 130.

<sup>40</sup> Excetuando a eventual garantia concedida por um mecanismo de garantia de depósitos que assegure o reembolso de parte ou da totalidade dos depósitos constituídos nas instituições de crédito que participem no mesmo, como é o caso, em Portugal, do Fundo de Garantia de Depósitos.

Um aspeto inicial da discussão será o seu eventual impacto na definição da natureza jurídica do euro digital.

Em primeiro lugar, importa referir que estes dois cenários parecem limitar-se a espelhar a realidade que já existe na diferenciação entre moeda escritural, moeda física e moeda eletrónica.

No cenário de um euro digital *account-based* é ponderado o acesso ao euro digital através da abertura de contas junto de Bancos Centrais do Eurosistema ou das suas contrapartes. Neste caso, parece-nos que o euro digital poderia configurar, assim, à partida, um balanço, um saldo de uma conta ou a representação de um crédito sobre o emissor identificado ou identificável, i.e., os Bancos Centrais Nacionais (BCN), o Banco Central Europeu (BCE) ou um intermediário (embora neste último caso seja necessário esclarecer qual a relação que se estabelece entre o titular da conta e o Banco Central).

Além de um direito de crédito ou representação do respetivo crédito, o euro digital, nestes termos, poderia representar, ainda assim, uma forma de moeda escritural de Banco Central, com a novidade de o acesso se poder alargar a mais entidades ou pessoas, face às que são atualmente contrapartes do Eurosistema.

Neste cenário, seria permitido aos agentes deterem fundos de euro digital em contas junto do BCN ou, eventualmente, em contas junto de instituições supervisionadas, procedendo depois à sua movimentação através da realização de operações de pagamento. Neste cenário, o BCE ou os BCN poderiam ser responsáveis por processar cada operação de pagamento, debitando a conta do detentor de euro digital e creditando a conta do beneficiário da operação de pagamento. Em alternativa, essas funções poderiam continuar a ser realizadas por prestadores de serviços de pagamento supervisionados.

Num cenário alternativo, inspirado no modelo da moeda eletrónica, o euro digital poderia ser emitido sob a forma de um *token* ou um *tokenised fund*<sup>41</sup>. Neste modelo, poderia ser permitido a cada utilizador carregar um determinado número de unidades de euro digital em cartões pré-adquiridos ou em aplicações de *smartphones*, e realizar transferências para outros utilizadores diretamente, gerando um pagamento pela mera transferência do *token*. Embora se integre num cenário análogo à circulação de moeda eletrónica, a emissão do euro digital *token-based* poderá, pelo contrário, reclamar uma infraestrutura própria e dedicada, que permita apoiar a sua distribuição (centralizada ou descentralizadamente), de modo a permitir a transferência de um objeto de valor (unidade de euro digital) de uma carteira para outra.

Consequentemente, nesta configuração, o foco da verificação do euro digital incidiria na genuinidade do objeto transferido (o *token*), à imagem do que sucede com a verificação da autenticidade das notas e moedas na circulação da moeda física. O BCE ou os BCN emitiriam o euro digital sustentado no *token*, que circularia eletronicamente entre os agentes económicos através da utilização de *Distributed Ledger Technology* (DTL), tecnologia que permite a verificação da identidade de cada *token* e a validação das operações de pagamento, sem exigir a intervenção direta do BCN ou de um intermediário. Não obstante esta abordagem se aproximar de outros criptoativos conhecidos, na emissão de euro digital *token-based* os referidos *tokens* seriam emitidos pelo BCE ou pelos BCN.

<sup>41</sup> *Tokenised funds are the least innovative stablecoin initiative but have the highest probability to be used in payments. They can be described as simple digital representations (tokens) issued on the receipt of funds (i.e. cash, deposits or electronic money) that use DLT or similar technology to register the respective claim.*, Banco de Portugal, *Occasional Paper on Stablecoins*, Fevereiro, 2023.

O euro digital *token-based*, poderia assim configurar-se como uma representação em suporte informático de situações jurídicas, podendo ser mais facilmente assimilável à emissão de uma espécie de *e-banknote*<sup>42</sup>. Sendo o *token* a representação de um conjunto de dados atribuído a um único detentor que teria controlo exclusivo sobre o *token*, e cujo controlo seria exercido por meio do conhecimento das chaves (criptográficas) que concedem acesso ao *token*, seria possível admitir que o titular deste se encontra na **posse** exclusiva dessas chaves (criptográficas), pelo que comporta um direito de propriedade sobre o mesmo, novamente a exemplo do que ocorre com a detenção das notas de euro físicas.

A este propósito note-se que o projeto de emissão de MDBC pelo *Sveriges Riksbank*, na Suécia — o designado (*e-krona*) parece seguir este modelo *token-based*. As discussões e o trabalho conhecido mais recente sobre a natureza jurídica da *e-krona* parecem sustentar a sua aproximação ao modelo do numerário, com as necessárias adaptações, considerando que *Electronic central bank money can be created following the pattern of either cash (currently banknotes and coins) or bank money. The former implies a new electronic form of representation of purchasing power as a durable object of representation, i.e. an electronic form of cash.*<sup>43</sup>.

Independentemente desta distinção entre o modelo de contas e o modelo de *token*, cumprindo o euro digital, em qualquer dos modelos, todas as funções da moeda acima descritas, não se identificam razões para que o euro digital (a existir) não seja qualificado como moeda.

Com efeito, a ausência de um suporte físico não deixa de reconhecer ao euro uma “qualidade jurídico-monetária plena”, à semelhança do que sucede com a moeda escritural de banco Central ou até à própria moeda eletrónica. Tendo, aliás, o euro sido, inicialmente, “criado sob pura forma escritural”<sup>44</sup>, no caso do euro digital a novidade poderá ser precisamente a manutenção dessa “pura forma escritural” ou eletrónica.

A opção entre o modelo de contas e o modelo de *token* tem algumas consequências que importa considerar. Desde logo, é importante atender ao disposto no artigo 17.º dos Estatutos do SEBC/BCE, que limita as entidades que podem abrir contas junto do BCE ou dos BCN. Refere este artigo que, “a fim de realizarem as suas operações, o BCE e os bancos centrais nacionais podem abrir contas em nome de instituições de crédito, de entidades do sector público e de outros intervenientes no mercado”.

A questão aqui está na interpretação do conceito de **outros intervenientes no mercado**. Podem as pessoas singulares, em especial, recair nesta referência a **intervenientes no mercado**? Do nosso ponto de vista, a interpretação extensiva desta expressão é muito arriscada, e não há qualquer indicação de que a intenção dos redatores do Tratado tenha sido a de abrir esse conceito ao ponto de incluir pessoas singulares, antes pelo contrário.

Poderá invocar-se que os limites impostos pelo artigo 17.º dos Estatutos poderão ser ultrapassados se competir a um intermediário, e não ao Eurosistema, assegurar a relação (contratual) direta com os particulares, o que poderia, pois, significar — nesta perspetiva significar — que a relação de conta existe junto do intermediário e não com o Eurosistema.

<sup>42</sup> Segundo Zellweger-Gutknecht, C., Geva, B., Grünwald, S., “a digital coin issued by a bank is a ‘banknote’, or more specifically an electronic banknote (e-banknote)” Zellweger-Gutknecht, C., Geva, B., Grünwald, S., The ECB and €-Banknotes — Could the ECB issue an elec-tronic equivalent of paper-based euro banknotes? Under which conditions might such ‘electronic banknotes’ have legal tender status?, ECB Legal Research Programme 2020 (topic 2), p.34.

<sup>43</sup> Juks, R., “When a central bank digital currency meets private money: Effects of an e-krona on banks” em Special issue on the e-krona, *Sveriges Riksbank Economic Review*, 2018

<sup>44</sup> Neste sentido, Simões Patrício, José, *Regime Jurídico do Euro*, Coimbra Editora, 1998, p. 367.

Porém, este argumento deve necessariamente conciliar-se com a ideia de que a MDCB é um passivo do Banco Central, o que, aliás, constitui um aspeto decisivo da sua natureza jurídica.

Por outro lado, é relevante considerar se, num modelo *token-based*, as dificuldades associadas ao artigo 17.º seriam ultrapassadas ou, pelo menos, simplificadas. Com efeito, os *tokens* de euro digital poderiam, em tese, ser compreendidos como uma desmaterialização de um título físico, aproximando-se da desmaterialização de instrumentos financeiros, não necessitando de uma relação contratual prévia entre os seus detentores e terceiras entidades (bancos centrais ou intermediários).

Para que um depósito dos *tokens* junto do Banco Central pudesse, em tese, ultrapassar as dificuldades associadas ao artigo 17.º dos Estatutos, este teria provavelmente de ser qualificado como um depósito regular (de coisas infungíveis), mantendo o depositante a propriedade do *token*, e não como um depósito irregular, ao qual está associado um direito de crédito sobre a entidade depositária<sup>45</sup>.

Ora, a realidade do mercado dos criptoativos demonstra que os *tokens* são por natureza coisas fungíveis que podem ser substituídas por outras do mesmo valor ou espécie<sup>46</sup>. Na realidade, a própria qualificação do euro digital como moeda a isso o obriga. Assim, podem suscitar-se dúvidas sobre se a obrigação de custódia que existe no depósito regular se verificaria, em termos idênticos e comparáveis, pelo menos, em eventuais depósitos de euro digital.

No caso de uma eventual construção do euro digital com base num modelo de *tokens*, teria de se verificar, pois, se o depositante não alienaria o seu direito de propriedade sobre **a coisa**, substituindo-o pelo direito de crédito à restituição do mesmo género e quantidade que entregou<sup>47</sup> ou, em alternativa, se seria aplicável, por exemplo, o regime referente ao depósito de notas de euro em cofre.

<sup>45</sup> Diz-se irregular o depósito que tem por objeto coisas fungíveis” e “Consideram-se aplicáveis ao depósito irregular, na medida do possível, as normas relativas ao contrato de mútuo”. (artigo 1205.º e 1206.º do CC). Regime similar se encontra previsto no Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch ou “BGB”) § 700 BGB Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag 1) Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, dass das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden bei Geld die Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden bei Geld die Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag.” Tradução do § 700 do BGB para inglês: “§ 700 Irregular safekeeping contract - (1) If fungible things are deposited in such a way that ownership is to pass to the depositary and the depositary is to be obliged to return things of the same type, quality and quantity, then in the case of money the provisions on loan contracts apply, and in the case of other things the provisions on contracts for the loan of things apply. If the depositor permits the depositary to consume fungible things, then in the case of money the provisions on loan contracts apply and in the case of other things the provisions on contracts for the loan of a thing apply from the point of time when the depositary appropriates the things on. In both cases, the time and place for return are, in case of doubt, determined under the provisions of the safekeeping contract.”. Amplamente sobre a discussão deste tema da qualificação do depósito bancário como depósito irregular, Mendes Correia, Francisco, ob.cit, p.657 a 659.

<sup>46</sup> Na realidade, presentemente, os únicos *tokens* considerados infungíveis são os denominados *Non-fungible tokens* ou NFTs i.e. *tokens* que se destinam exclusivamente a facultar o acesso a um bem ou serviço fornecido pelo emitente desse mesmo *token*. Ora, pelas suas características não nos parece que uma moeda digital de banco central possa ser enquadrada nessa categoria.

<sup>47</sup> Neste sentido, confrontando o depósito irregular com o depósito regular de coisas infungíveis e referindo que “Verdadeiramente, o dinheiro nem sequer é depositado para ser restituído, mas para servir de crédito na disponibilidade do depositante”, Simões Patrício, José, Direito Bancário Privado, Quid Juris, Lisboa, 2004 p. 249. De igual forma, mencionando que “[o] depósito irregular não é um verdadeiro depósito. Basta ver que não se lhe aplicam as regras existenciais relativas ao dever de custódia”, Menezes Cordeiro, António, Da Compensação — No Direito Civil e no Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2003, p. 220.

## 2.2 A base jurídica para a emissão do euro digital

As disposições constantes do artigo 128.º, n.º 1, do TFUE, do artigo 16.º dos Estatutos do SEBC/BCE e do artigo 10.º do Regulamento (CE) N.º 974/98 do Conselho, de 3 de maio de 1998, relativo à introdução do euro, aludem à função de emissor do BCE e dos BCN, bem como à atribuição de curso legal exclusivo, no território da União, às notas e moedas de euro.

O artigo 128.º, n.º 1 do TFUE, estabelece que: “O Banco Central Europeu tem o direito exclusivo de autorizar a emissão de notas de banco em euros na União. O Banco Central Europeu e os bancos centrais nacionais podem emitir essas notas. As notas de banco emitidas pelo Banco Central Europeu e pelos bancos centrais nacionais são as únicas com curso legal na União”.

Com efeito, a legitimidade do BCE como emissor de notas de euro não gera qualquer tipo de dúvidas. Contudo, se é inquestionável a competência do BCE quanto à emissão das habituais notas físicas, será que o mesmo se pode afirmar, com a mesma certeza, relativamente à eventual decisão do BCE de emitir notas digitais<sup>48</sup>?

Partindo do elemento literal de interpretação jurídica, importa analisar o conceito “nota de banco”, para o qual não se encontra uma definição legalmente estabelecida.

Em termos literais, uma nota de euro será um papel que representa uma certa quantia expressa em euros (a ideia de papel-moeda)<sup>49</sup>. Existe aqui um inegável elemento físico que não se encontra, à partida, na ideia de moeda digital<sup>50</sup>.

Por outro lado, em termos históricos, tendo competido ao Instituto Monetário Europeu (IME) a execução dos trabalhos preparatórios conducentes à produção e emissão das notas de euro, especialmente no que se refere às suas características, não se encontra registo de que os elementos dos Grupos de trabalho envolvidos tivessem pensado em qualquer outro formato para as notas de euro (o que não deve ser motivo de surpresa, atenta a reduzida relevância da internet e da moeda eletrónica na altura da entrada em vigor do Tratado de Maastricht)<sup>51</sup>.

Na qualidade de sucessor do IME, os direitos de autor relativos às características das notas de euro são agora exercidos pelo BCE, bem como pelos BCN, em sua representação. É a estes que pertence agora o direito de introduzir novas séries de notas de euro com características de segurança reforçadas, proteger a integridade das mesmas como meio de pagamento e exercer o direito de as retirar de circulação<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> O modelo *token-based* atrás referido, face às suas similitudes com a forma de circulação da moeda eletrónica, poderia de forma mais clara sustentar a afirmação de que a emissão do euro digital é apenas uma alteração da característica das mesmas, decisão que se encontra ainda na esfera de competência do BCE.

<sup>49</sup> Contudo, tirando partido dos avanços na tecnologia de produção de notas, as notas de euro são cada vez mais seguras e resistentes devido aos materiais utilizados na sua produção, fazendo a ideia de nota de euro como um mero papel parecer algo redutora.

<sup>50</sup> Discussão similar à que se tem presentemente sobre a passagem do formato em papel para o formato digital poderá ter tido lugar quando se passou da moeda metálica ao atual papel-moeda. Sobre esse acontecimento refere a publicação do Banco de Portugal intitulada *A moeda em Portugal — Breve História* que “[E]m troca do metal entregue, passar-se-ia um escrito, título do depósito efetuado, que «correria como moeda?» ordenava el-rei no seu alvará dado em Lisboa aos 22 de março de 1687. Criava-se, assim, um novo instrumento monetário, essa «moeda de papel» antepassado das notas do Banco de Portugal”, p. 37.

<sup>51</sup> Neste sentido, e referindo também os registos dessas negociações ao nível do “Working Group on Printing and Issuing a European Banknote (BNWG)”, Grünewald, S., Zellweger-Gutknecht, C. e Geva, B., ob cit, p. 1033. Para uma análise da evolução histórica da moeda eletrónica na união desde o *Relatório do Working Group on EU Payment Systems to the Council of the European Monetary Institution (EMI)*, que abordou o tema dos cartões de pagamento pré-pagos, Athanassiou, P.; Mas-Guix, N.,: *Electronic Money institutions: Current trends, regulatory issues and future prospects*, *ECB Legal Working Paper Series*, N.º 7, BCE, Frankfurt, p. 13 e segs., disponível através da seguinte ligação: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/154661/1/ecblwp07.pdf>.

<sup>52</sup> Atento o disposto na Decisão do Banco Central Europeu, de 19 de abril de 2013, relativa às denominações, especificações, reprodução, troca e retirada de circulação de notas de euro (reformulação) (BCE/2013/10) (2013/211/UE), JO L 118 de 30.4.2013, p. 37.

Nestes moldes, para que seja admissível a eventual emissão de um euro digital, tendo por base o artigo 128.º, n.º 1 do TFUE, e adaptando-se o atual quadro jurídico do euro, seria necessário considerar que a emissão do euro digital encontra ainda apoio na referência a **notas de banco** existente no TFUE e na legislação complementar.

Todavia, talvez seja possível superar-se, de algum modo, esta interpretação literal e histórica do conceito de **nota** se trouxermos à colação uma interpretação teleológica-funcional do direito exclusivo do BCE de emissão notas de euro, que ponha em relevo os aspetos comuns às atribuições do BCE como emissor de notas de euro e enquanto emissor do euro digital, tentando perceber se serão, no fundo, atribuições equivalentes<sup>53</sup>.

Neste âmbito, releva compreender, em termos sistemáticos, a motivação subjacente à atribuição ao BCE da competência para emitir ou autorizar a emissão de moeda. Ora, atento o disposto nos artigos 127.º, n.º 1 e 282.º, n.º 2 do TFUE e no artigo 2.º dos Estatutos do SEBC/BCE, o objetivo primordial do SEBC é a manutenção da estabilidade de preços, daí decorrendo a atribuição ao SEBC da definição e execução da política monetária da área do euro (artigo 127.º, n.º 2 do TFUE e artigo 3.º, n.º 1 dos Estatutos do SEBC/BCE). Sem prejuízo, poderá questionar-se se é correto afirmar que a competência atribuída ao BCE para emitir ou autorizar a emissão de notas de euros deriva das suas competências no campo da política monetária.

Segundo as conclusões do Advogado-Geral PITRUZZELLA, essa competência (emissora) poderá constituir “uma condição prévia para a condução de uma política monetária única”<sup>54</sup>. Acrescenta o Advogado-Geral que “todas as competências e todos os poderes necessários à criação e ao bom funcionamento da moeda única, o euro, integram a competência exclusiva da União a que se refere o artigo 3.º, n.º 1, alínea c), TFUE”<sup>55</sup>.

Ainda que não se infira necessariamente destas passagens que a emissão do euro digital deva ser lida como encontrando-se incluída no direito exclusivo do BCE de autorizar a emissão de notas de euros na União, ou sequer, que sendo essa uma competência da União, deva ser considerada uma competência do BCE, enquadrada e limitada pelo artigo 128.º, n.º 1 do TFUE, se a emissão monetária for considerada uma condição prévia da condução de uma política monetária única, também não nos parece possível afastar essa competência de emissão do BCE. Em reforço de tais afirmações podemos trazer à colação, complementarmente, a teoria dos poderes implícitos, definidos como “poderes não expressos e necessários ao exercício de uma competência ou à realização de um fim”<sup>56</sup>.

Concretizando, à luz das considerações anteriores, o artigo 128.º, n.º 1 do TFUE seria a base de onde partimos para defender que a atribuição ao BCE de uma competência para emitir e autorizar a emissão de notas de banco em euros comporta, implícita e paralelamente, a competência exclusiva para emitir e autorizar a emissão do euro digital, caso os objetivos e fins

<sup>53</sup> Deste modo, a ideia assumida por um ex-membro da Comissão Executiva do BCE, em 2018, de que o euro digital seria apenas a *technical variant of cash*, apresentada sem mais, poderá ser pouco sustentada, *There is good reason to believe that banknotes don't only have to take the form of printed paper, cotton or polymer (...) if there is public demand for digital central bank money, this should only be a technical variant of cash* (sublinhado nosso). Discurso de Yves Mersch no 4º Bargeldsymposium do Deutsch Bundesbank, Frankfurt, fevereiro de 2018, disponível em <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2018/html/ecb.sp180214.en.html>.

<sup>54</sup> “Com efeito, a competência para emitir e autorizar a emissão de notas de banco em euros e para regular a emissão das moedas metálicas em euros, a competência para definir o curso legal e a competência para adotar as medidas necessárias para a utilização dessa moeda fundamentam o caráter único da moeda, o euro, e constituem igualmente uma condição prévia para a condução de uma política monetária única”. Conclusões do Advogado-Geral Giovanni Pitruzzella apresentadas em 29 de setembro de 2020 aos processos apensos C-422/19 e C-423/19, para. 65.

<sup>55</sup> *ibid*, para. 68.

<sup>56</sup> Duarte, M., “A Teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros” — Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito de Lisboa, LEX, Lisboa, 1997, p. 25.

associados à atribuição dessa competência ao BCE assim o exijam, para a prossecução dos objetivos do SECB/Eurosistema<sup>57</sup>.

Sem prejuízo, a associação do euro digital ao artigo 128.º, n.º 1 do TFUE não pode ser levada a cabo sem critérios ou limites. Com efeito, este possível poder implícito encontra-se limitado pela própria base jurídica que lhe pode servir de sustentação, uma vez que a eventual emissão do euro digital deveria, nesta construção, a nosso ver, seguir de perto as características das notas de banco em euro, por via de um *cash-like functional design*<sup>58</sup>. De outro modo, receamos que os limites do artigo 128.º, n.º 1, sejam estendidos de um modo excessivo e pouco razoável. Por exemplo, um euro digital que não assegure, de forma eficaz e proporcional, níveis elevados de privacidade, ou que pudesse ser utilizado, simultaneamente, como instrumento de política monetária, confrontaria dificuldades muito significativas, mesmo admitindo, em tese, a possibilidade de nos apoiarmos numa interpretação extensiva da referida norma do TFUE.<sup>59</sup>

Outra norma que assume grande importância na presente discussão é o artigo 133.º do TFUE, que refere que (sublinhado nosso):

“Sem prejuízo das atribuições do Banco Central Europeu, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as medidas necessárias para a utilização do euro como moeda única. Essas medidas são adotadas após consulta ao Banco Central Europeu”.

Atento o seu conteúdo, e considerando os limites do artigo 128.º do TFUE, importa ponderar se o artigo 133.º do TFUE<sup>60</sup> poderá contribuir para reforçar a robustez jurídica e a legitimidade da emissão do euro digital, desde logo considerando-se que, de entre as medidas que podem ser aprovadas com base neste artigo, se pode ou deve incluir a criação do euro digital.

Trazer à colação o artigo 133.º do TFUE suscita, contudo, outras questões prementes. Em primeiro lugar, a articulação entre os artigos 128.º e 133.º do TFUE parece-nos institucionalmente complexa. Note-se que o artigo 128.º do TFUE atribui ao BCE a competência exclusiva no que se refere à emissão de notas de euro, enquanto o artigo 133.º permite ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecer as medidas necessárias para a utilização do euro como moeda comum. Deste modo, poderá colocar-se a questão de saber se a utilização do artigo 133.º pode, ou não, retirar ao BCE a competência para a emissão do euro digital, ou diminuir a sua capacidade para determinar aspetos fundamentais do funcionamento desse euro digital. Qualquer que seja a resposta, a articulação entre os dois artigos nunca poderá permitir, do nosso ponto de vista, retirar ao BCE o poder de emitir ou controlar o valor da moeda em circulação.

Ainda no campo da articulação entre os dois artigos, importa perceber se os modelos atrás referidos, *account-based* ou *token-based*, podem justificar, ou facilitar, a escolha de uma ou outra

<sup>57</sup> Referindo que a “base de implicação de poderes tem um fundamento residente na norma” e acrescentando que essa base “é o ponto de partida e o suporte textual de qualquer raciocínio de dedução de poderes implícitos”, Duarte, M., ob cit, p. 35. Nesta linha, poderemos sempre questionar-nos sobre a motivação subjacente à atribuição pelo legislador primário europeu do poder de emissão de notas apenas ao BCE, e não noutras instituições europeias. Tal questão conduz-nos à discussão sobre a teoria monetária moderna baseada na visão de Georg Friedrich Knapp (1905) sobre a Teoria Estatal da Moeda e na ideia de que a moeda é uma criação legal, um meio de pagamento ou um mero *token*. Tal visão negligencia, contudo, as outras funções da moeda como unidade de conta ou reserva de valor, pelo que entendemos afastá-la neste Estudo. Neste sentido, a crítica de Drumetz, Françoise e Pfister, Christian, “Modern Monetary Theory: A Wrong Compass for Decision-Making”, *Inter economics*, 2021, Vol.56 (6), p.355-361.

<sup>58</sup> Apresentando esta argumentação Grünewald, S., Zellweger-Gutknecht, C. e Geva, B., ob cit, p. 1038.

<sup>59</sup> *Ibid*, p. 1053.

<sup>60</sup> Regulamento (UE) 2021/840 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2021, que cria um programa em matéria de intercâmbio, de assistência e de formação para a proteção do euro contra a falsificação para o período de 2021-2027 («Programa Pericles IV») e que revoga o Regulamento (UE) n.º 331/2014, *JO L 186*, 27.5.2021, p. 1–11.

base jurídica. Conforme vimos anteriormente, sendo o modelo *token-based* mais próximo de uma perspetiva de desmaterialização das notas, uma opção de desenho deste tipo poderia, porventura, reforçar a ligação do euro digital ao artigo 128.º TFUE. Todavia, tal não nos oferece, em todo o caso, uma resposta simples ou final para as questões de competência aqui consideradas, atendendo ao princípio da atribuição de competências da União e à ideia de que esta apenas possui, atualmente, de forma expressa, poder para autorizar a emissão de notas de banco.

Já no modelo *account-based*, o euro digital assume-se como uma representação meramente escritural (balanço em conta) do euro, pelo que tal não facilita a tese de que a emissão do euro digital pode apoiar-se, apenas, no artigo 128.º do TFUE.

A nosso ver, será necessário que seja assegurada uma articulação equilibrada entre as duas bases jurídicas (artigos 128.º e 133.º do TFUE), bem com a definição de fronteiras claras entre as mesmas, para que o projeto do euro digital não provoque distorções jurídicas e institucionais que poderiam de outro modo ser complexas. Desde logo, será necessário garantir que a aprovação de um ato jurídico ao abrigo do artigo 133.º, relativo ao euro digital, não afaste a competência do BCE enquanto emissor do euro, em linha com as opções do Tratado, e que à atribuição desse estatuto corresponda um poder efetivo e relevante para tomar decisões que são determinantes para o funcionamento dessa moeda e que podem ter impactos para as restantes atribuições do SEBC/BCE.

Só desse modo poderá reconciliar-se a legitimidade democrática vertida no artigo 133.º TFUE, em face da criação de um novo tipo de moeda de banco central, com a independência do SEBC/BCE e com a proteção do núcleo de competências que lhe está adstrito.

## 2.3 O euro digital como moeda com curso legal

Considerando a possível emissão do euro digital nos termos previamente analisados, importa considerar a necessidade, ou não, de atribuição do estatuto de curso legal ao euro digital, e suas consequentes implicações.

A atribuição de curso legal ao euro digital implica a discussão sobre se, e em que termos, tal como sucede no euro físico, as seguintes características devem ser atribuídas ou reconhecidas à nova moeda: (i) aceitação obrigatória, (ii) aceitação pelo valor nominal total; e, (iii) capacidade de cumprir obrigações de pagamento<sup>61</sup>.

Face à inexistência de uma definição concreta de curso legal ao nível europeu, não se afigura que a determinação do curso legal possa ser definida pela legislação nacional dos Estados-Membros<sup>62</sup>, considerando a autonomia do conceito no plano do direito europeu e em benefício de um conceito de curso legal uniforme ao nível da União, conforme já afirmou o TJUE<sup>63</sup>.

Importa também discutir quais os contornos exatos da determinação do curso legal do euro digital, nomeadamente se este deveria envolver a sua aceitação obrigatória plena (ou próxima

<sup>61</sup> Em linha com a Recomendação da Comissão, de 22 de Março de 2010, sobre o alcance e consequências do curso legal das notas e moedas em euros, JO L 83/70 de 30.3.2010.

<sup>62</sup> Conforme referido por Grünewald, S., Zellweger-Gutknecht, C. e Geva, B., ob cit, p. 1049. Cumpre dar nota da referência a países, por exemplo a Libéria, que designam meios de pagamento estrangeiros com o estatuto de curso legal, que podem ou não estar associadas paralelamente à própria moeda emitida, destacado em Bossu, W., Itatani, M., Margulis, C., Rossi, A., Weenink, H. e Yoshinaga, A, *Legal Aspects of Central Bank Digital Currency: Central Bank and Monetary Law Considerations*, Internacional Monetary Fund, WP/20/254, 2020, p. 32.

<sup>63</sup> Acórdão do TJUE de 26 de janeiro de 2021, Johannes Dietrich/Norbert Häring contra Hessischer Rundfunk, C-422/19, 47. No mesmo sentido, o Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, AFMB, C-610/18, 50.

disso), principalmente no que se refere a comerciantes ou outras entidades que não aceitem, presentemente, outro tipo de pagamentos eletrónicos.

A propósito das notas de banco pode ler-se no n.º 1 do artigo 128.º do TFUE, cuja redação é reproduzida nos mesmos termos pelo artigo 16.º dos Estatutos do SEBC/BCE, que: “As notas de banco emitidas pelo Banco Central Europeu e pelos bancos centrais nacionais são as únicas com curso legal na União.”. De igual modo, com carácter puramente declaratório, o Regulamento (CE) n.º 974/98 do Conselho, de 3 de maio de 1998 (doravante Regulamento (CE) n.º 974/98), na segunda frase do artigo 10.º reitera que “Sem prejuízo do artigo 15.º, essas notas expressas em euros serão as únicas notas com curso legal em todos esses Estados-membros.”<sup>64</sup>.

Com efeito, o n.º 1 do artigo 128.º do TFUE, tal como o artigo 16.º dos Estatutos do SEBC/BCE, consagram o carácter oficial das notas de banco na área do euro, determinando que se trata das únicas notas (as quais são denominadas em euros) que possuem curso legal nessa área e que legalmente só podem ser emitidas pelo Eurosistema<sup>65</sup>.

Conforme referido, não existe neste momento uma concretização do significado do estatuto de curso legal no direito da União<sup>66</sup>. As disposições acima referidas dizem respeito à emissão e ao curso legal das notas de banco e das moedas metálicas, e consagram o estatuto de curso legal, mas não facultam uma definição deste conceito. Embora o direito derivado da União incorpore, muito pontualmente, a regulação do conceito de curso legal do euro, nota-se uma omissão em enunciar e clarificar o alcance e os efeitos jurídicos associados a esse estatuto<sup>67</sup>.

Importa, ainda, destacar a posição assumida pelo TJUE ao referir que “uma vez que o referido artigo 128.º, n.º 1, TFUE não remete para o direito dos Estados-Membros para determinar o sentido e o alcance do conceito de curso legal nele previsto, este último constitui um conceito de direito da União que deve ser objeto, em toda a União, de uma interpretação autónoma e uniforme, que deve ser procurada tendo em conta não só os termos das disposições em que figura mas também o contexto dessas disposições e o objetivo por elas prosseguido”<sup>68</sup>.

A [Recomendação 2010/191/EU da Comissão, de 22 de Março de 2010, sobre o alcance e consequências do curso legal das notas e moedas em euros](#)<sup>69</sup>, assume nos seus considerandos

<sup>64</sup> No mesmo sentido, em relação às moedas, o artigo 11.º, segunda frase, dispõe que: “Sem prejuízo do artigo 15.º, essas moedas serão as únicas moedas com curso legal em todos esses Estados-membros.”.

<sup>65</sup> Cf. artigo 10.º do Regulamento (CE) N.º 974/98 do Conselho, de 3 de Maio de 1998, relativo à introdução do euro (JO L 139, 11.5.1998, p.1).

<sup>66</sup> Considerando que contribui para uma notável falta de segurança jurídica veja-se Zellweger-Gutknecht, C., Geva, B., Grünewald, S., *The ECB and e-Banknotes – Could the ECB issue an electronic equivalent of paper-based euro banknotes? Under which conditions might such ‘electronic banknotes’ have legal tender status?*, ECB Legal Research Programme 2020 (topic 2), p. 74.

<sup>67</sup> Referido por Grünewald, S., Zellweger-Gutknecht, C. e Geva, B., ob cit, p. 1049. Ressalva-se a exceção presente no artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 974/98 do Conselho, de 3 de Maio de 1998 relativo à introdução do euro, que confere aos credores o direito de recusar a aceitação de mais de cinquenta moedas denominadas em euros, num único pagamento, embora as implicações dessa disposição permaneçam obscuras. Adicionalmente, em 2010 a Comissão adotou uma recomendação não vinculativa aos Estados-Membros da zona euro e aos bancos centrais, sobre o âmbito e os efeitos associados ao estatuto de curso legal atribuído às notas e às moedas de euro. A referida recomendação teve por base as conclusões do European Legal Tender Expert Group (ELTEG), um grupo de trabalho interinstitucional constituído por representantes de Ministérios das Finanças e de Bancos Centrais Nacionais da área do euro. A definição consolidada na Recomendação da Comissão, de 22 de Março de 2010, assenta nos três elementos anteriormente mencionados, estabelecendo um denominador comum das diferentes interpretações nacionais atribuídas ao conceito de curso legal na zona euro, não obstante a possibilidade de serem reconduzidos outros elementos à respetiva definição. Sobre este ponto, importa referir que o ELTEG III foi restabelecido pela Comissão Europeia, em janeiro de 2021, com o objetivo de prestar à Comissão análise factuais e experiência jurídica sobre a aceitação do euro como meio de pagamento e apoiar tecnicamente os trabalhos em curso entre a Comissão e o BCE relativos ao curso legal do euro digital. Sobre o curso legal do euro digital, o relatório final do ELTEG III, publicado em julho de 2022, refere: *If legislation on the digital euro were to regulate its legal tender status, ELTEG considers that it would be in the interests of coherence and better law-making to also regulate the legal tender status of cash.*

<sup>68</sup> Acórdão do TJUE de 26 de janeiro de 2021, Johannes Dietrich/Norbert Häring contra Hessischer Rundfunk, C-422/19, 47. No mesmo sentido, o Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, AFMB, C-610/18, 50.

<sup>69</sup> JO L 83, 30.3.2010, p. 70–71.

3 e 4 a existência de “alguma incerteza a nível da área do euro no que respeita ao alcance e consequências do seu curso legal”. Com efeito, nos seus pontos 1 a 4 apresenta os elementos que considera caberem numa caracterização comum do conceito de curso legal, em particular: (a) aceitação obrigatória, no sentido em que o credor de uma obrigação de pagamento não pode recusar notas e moedas em euros, salvo acordo entre as partes relativo à utilização de outros meios de pagamento; (b) aceitação ao valor nominal total, no qual o valor monetário das notas e moedas em euros é igual ao montante indicado nas notas e moedas; e, (c) poder liberatório, isto é, poder para cumprir obrigações de pagamento, o que permite ao devedor satisfazer uma obrigação de pagamento mediante a entrega ao credor de notas e moedas em euros.

Contudo, a mesma definição não apresenta o estatuto de curso legal como um valor absoluto, assumindo, com base no princípio da boa-fé, a possibilidade de uma recusa de aceitação das notas e moedas de euro<sup>70</sup>.

Importa refletir sobre o que implica a atribuição do estatuto de curso legal ao euro digital. Revela-se admissível e correto, a nosso ver, a introdução do euro digital como moeda com curso legal, cuja convertibilidade permite garantir a sua circulação na área do euro a par com o euro físico. A existência de um euro digital com curso legal garante os efeitos de estabilidade e de confiança e facilitaria o exercício das liberdades fundamentais<sup>71</sup>. Com efeito, um estatuto jurídico distinto face às notas e moedas de euro poderia revelar-se prejudicial à garantia da segurança jurídica e da coerência necessária à confiança dos utilizadores, podendo gerar dúvidas e incertezas na sua circulação e desvantagens competitivas.

Na verdade, a relevância da implementação do euro digital centra-se na sua disponibilização e utilização pelos agentes económicos como instrumento atrativo que dá cumprimento às suas necessidades de pagamento e, de igual modo, permite atingir o necessário *network effect*. Os consumidores apenas terão interesse na utilização do euro digital se souberem que os comerciantes se encontram disponíveis ou obrigados a aceitá-lo como meio de pagamento, e **vice-versa**. O estatuto de curso legal configura-se como característica primordial que concretiza tais objetivos, tendo sido já assinalado pelo Relatório do BCE<sup>72</sup> como uma *desirable feature*. Cumprirá ao legislador da União definir os seus contornos, limites e efeitos atendendo aos desígnios que visar alcançar com a implementação do euro digital, definição que deverá ter lugar no ato jurídico da União que vier a regular a emissão do euro digital.

No que concerne ao euro digital como moeda com curso legal, cumpre ressaltar que a determinação desse estatuto não parece prejudicar a suscetibilidade da legislação da União ou da legislação interna dos Estados-Membros estabelecerem determinadas limitações à utilização da moeda com curso legal, em particular, no caso dos Estados Membros, no âmbito de matérias que dizem respeito ao direito nacional (i.e., fora da esfera estrita do direito monetário, como seja o direito civil), à semelhança do que acontece relativamente às notas e às moedas de euro, sem que daí possa, no entanto, decorrer uma interferência com o estatuto fundamental do curso legal nos termos definidos pelo direito europeu (incluindo a jurisprudência do TJUE).

Note-se que há certas limitações que se aplicam às notas de euro (como é o caso de limitações ao pagamento em numerário resultantes da proteção de interesses públicos, como o combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo) que não se aplicarão, pelo menos

<sup>70</sup> A recusa pode ser admissível se fundada no princípio de boa fé (por exemplo, o retalhista não tem troco disponível ou o valor nominal da nota apresentada é desproporcionado em comparação com o montante devido ao credor do pagamento), pontos 2 e 3 da Recomendação.

<sup>71</sup> Com desenvolvimento, Mersch, “The role of euro banknotes as legal tender”, speech at the 4<sup>th</sup> Bargeldsymposium of the Deutsche Bundesbank (Frankfurt, 14 Feb. 2018).

<sup>72</sup> Relatório do BCE relativo ao euro digital, *Report on a digital euro*, em outubro 2020, p. 33: [https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report\\_on\\_a\\_digital\\_euro-4d7268b458.pt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro-4d7268b458.pt.pdf)

do mesmo modo ou na mesma medida, ao euro digital, que tenderá, neste caso, a ser mais facilmente equiparado à moeda escritural.

Por outro lado, uma proibição de recusa de aceitação de pagamentos em euro digital por parte de entidades que não dispõem de infraestruturas para aceitar outros pagamentos eletrónicos equivalentes parece-nos pouco razoável e, quiçá, desnecessária para a cabal implementação do euro digital. Neste sentido, e tal como a aceitação do euro físico permite recusas justificadas, nomeadamente à luz do princípio da boa-fé<sup>73</sup>, também o legislador europeu deverá prever para a realidade do euro digital situações similares, desde que plenamente justificadas<sup>74</sup>.

Por último, cumpre sublinhar a relação da utilização do numerário com o exercício de direitos fundamentais, tendo presente que a utilização do numerário consubstancia um elemento de inclusão social, pelo que caberá ao legislador europeu encontrar alternativas que ajudem a garantir que a utilização de moeda diferente da expressa em forma física não implicará efeitos discriminatórios<sup>75</sup>. Com efeito, a implementação do euro digital como meio de pagamento deverá considerar a existência de pessoas vulneráveis sem acesso aos serviços financeiros básicos e com reduzidos níveis de literacia digital, para as quais o numerário constitui presentemente a única forma de moeda acessível e, conseqüentemente, o único meio para exercer os seus direitos fundamentais de utilização da moeda, configurando a introdução do euro digital uma oportunidade de aprofundar uma certa função de inclusão social da moeda de banco central<sup>76</sup>.

## 2.4 Opções de desenho do euro digital

### 2.4.1 Opções de desenho I: os modelos de distribuição e de liquidação do euro digital

A presente secção versa sobre os modelos de distribuição<sup>77</sup> e de liquidação do euro digital<sup>78</sup>, abordando a eventual necessidade de subcontratação (*outsourcing*)<sup>79</sup> de certas funções relacionadas com os modelos a adotar, considerando ainda quais as entidades financeiras que

<sup>73</sup> Veja-se, por exemplo, o n.º 3 da Recomendação da Comissão Europeia, de 22 de março de 2010, sobre o alcance e conseqüências do curso legal das notas e moedas em euros (2010/191/EU), referindo que: “As notas de banco de valor elevado devem ser aceites como meio de pagamento nas transações no comércio retalhista. Só deve ser possível uma recusa quando fundamentada em razões ligadas ao «princípio de boa fé» (por exemplo, o valor nominal da nota apresentada é desproporcionado em comparação com o montante devido ao credor do pagamento)”.

<sup>74</sup> Neste sentido, soluções inspiradas nas disposições da Diretiva (EU) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015 (segunda Diretiva dos Serviços de Pagamento ou “DSP2”) relativas às microempresas, poderão ser pensadas no ato jurídico do euro digital (vd. artigo 38.º, n.º 2, da DSP2).

<sup>75</sup> Note-se que a Diretiva 2014/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativa à comparabilidade das comissões relacionadas com as contas de pagamento, à mudança de conta de pagamento e ao acesso a contas de pagamento com características básicas, reconhece nos artigos 2.º, n.º 2, 16.º, e nos considerandos 9, 46 e 48, o direito a qualquer pessoa que resida legalmente na União, o direito de abrir uma conta de pagamento com características básicas em qualquer país da União, de modo a incentivar os consumidores vulneráveis sem conta bancária a participarem no mercado bancário de retalho.

<sup>76</sup> Sufragado nas Conclusões do Advogado-Geral Giovanni Pitruzzella, n.ºs 135-139.

<sup>77</sup> Modelo através do qual o euro digital é distribuído aos utilizadores. Tendo em vista esse objetivo o Relatório do BCE sobre o euro digital identifica duas funções para as instituições supervisionadas: *gatekeepers* ou *settlement agents*. No primeiro caso, as instituições supervisionadas têm um papel similar aquele que desempenham na distribuição de numerário, autenticação dos utilizadores e cumprimento das regras de prevenção de branqueamento e financiamento do terrorismo, podendo também estabelecer as ligações técnicas necessárias à interligação entre os utilizadores e a infraestrutura do Eurosistema. No segundo caso, as instituições supervisionadas executam operações baseadas em euro digital em representação dos seus clientes, BCE, Report on a digital euro, em outubro 2020, p. 37.

<sup>78</sup> Modelo que inclui as funções de suporte à liquidação das operações de pagamento com recurso ao euro digital, i.e., verificação da disponibilidade de fundos por parte do ordenante da operação e registo dos fundos transferidos.

<sup>79</sup> O termo “externalização” ou “terceirização” embora também usados em Portugal, são considerados termos mais ambíguos, S., Pizarro, S., *O Contrato de Outsourcing*. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 17 a 19. Entendemos, que o termo “subcontratação” é preferível à utilização do termo em língua inglesa.

poderão participar nesses processos, de forma mais ou menos decisiva. Atendendo a que se pretende abordar principalmente os desafios jurídicos do euro digital e não os seus desafios tecnológicos, o enfoque centra-se nos mecanismos e desafios de colaboração com o setor privado (incluindo por via de possível subcontratação de certas funções), em detrimento de uma descrição exaustiva de todos os modelos de distribuição e liquidação possíveis<sup>80</sup>.

Em primeiro lugar, a exemplo do que sucede com as notas e moedas de euro físicas, urge diferenciar a emissão do euro digital da sua distribuição, a qual pode ocorrer exatamente como ocorre com as notas e moedas de euro, i.e., por via da aquisição de moeda digital por parte das entidades financeiras e sua subsequente distribuição aos seus clientes. Ora, embora a estratégia a adotar relativamente à emissão do euro digital propriamente dita se enquadre no exercício de um poder público, o paralelismo com a distribuição de numerário leva-nos a concluir que algum tipo de colaboração com o setor privado ao nível da distribuição do euro digital poderá ser adequada e possível.

Em segundo lugar, a decisão relativa ao modelo de euro digital a emitir poderá, de igual modo influenciar o tipo de modelo a estabelecer<sup>81</sup>. Nestes termos, é possível identificar dois cenários, um com apenas um nível e outro com vários níveis de operação. No primeiro cenário, o Eurosistema controla, enquanto emissor e prestador de serviços único, toda a cadeia de emissão, distribuição e aceitação de pagamentos realizados com recurso ao euro digital<sup>82</sup>. Neste cenário, não se suscitam questões jurídicas relacionadas com a eventual subcontratação de tarefas necessárias ao exercício de funções públicas ou outras que a participação dos intermediários inevitavelmente suscitará, mas existe a clara desvantagem de o Eurosistema necessitar de se munir de todos os recursos técnicos necessários à realização destas funções, sem partilha de riscos com outras entidades ou possibilidade de otimização de recursos.

Num segundo cenário, dotado de múltiplos níveis e intervenientes na emissão e distribuição do euro digital, as questões jurídicas relacionadas com o envolvimento dos intermediários no processo de distribuição implicarão formas de controlo sobre o modo como esses intermediários desempenharão um papel que se afigura fundamental para o bom funcionamento do euro digital.

A emissão de notas de euro já assenta numa realidade com múltiplos níveis<sup>83</sup>, que funcionam no contexto de acordos legalmente definidos entre os Bancos centrais do Eurosistema e empresas impressoras de notas, algumas detidas a 100% pelos BCN<sup>84</sup>, e ainda com fornecedores privados das matérias-primas necessárias a essa produção nas condições de segurança estabelecidas pelo Eurosistema.

<sup>80</sup> Desde já, entende-se como subcontratação a realização de funções por uma pessoa jurídica diferente daquela à qual essas funções se encontram atribuídas, não se encontrando na legislação nacional qualquer definição legal desse conceito diretamente aplicável à realidade que estamos a analisar.

<sup>81</sup> Segundo a doutrina o *outsourcing*, em termos estratégicos, tem como grande vantagem a redução de custos e pode seguir, caso o critério de análise seja a intensidade da interligação entre a organização e o prestador externo, de três tipologias principais: o *outsourcing* operacional, o tático e o estratégico, Pizarro, ob.cit., p. 21.

<sup>82</sup> Cenário em que nos deveríamos questionar se a aplicação das regras relativas à prestação de serviços de pagamento, plasmadas no Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e Moeda eletrónica, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro, que veio transpor para a ordem jurídica interna a DSP2, não se deveria aplicar à realização de operações de pagamento baseadas em euro digital. Discutindo se o conceito de moeda digital de banco central pode recair no conceito de "fundos" da DSP2 e concluindo que *At the current juncture, the use of account based or value-based CBDC to make a payment between private or public entities may be considered under the scope of PSD2 and, as a consequence, is protected by the rules of this legal framework*, Fonseca, G. 'An analysis of the legal impact of central bank digital currency on the European payments landscape', *Journal of Payments Strategy & Systems* 13(4), 2020, 295.

<sup>83</sup> O mesmo sucede na distribuição e circulação de notas de euro, temas que não serão objeto de análise no presente estudo.

<sup>84</sup> A título de exemplo, a VALORA, S. A. responsável pela produção da quota-parte de notas de euro atribuída ao Banco de Portugal.

A emissão de notas de euro representa uma competência exclusiva do Eurosistema e o exercício de um poder público. Sendo certo que o exercício dessa competência de emissão não poderá ser delegado, tal não impede a possibilidade de subcontratação de funções ou tarefas auxiliares relativas à distribuição do euro digital, tal como sucede com funções similares relativas à emissão de notas de euro, desde que os mecanismos dessa subcontratação se encontrem estabelecidos nos Acordos de Nível de Serviço (*Service Level Agreement*) a concluir<sup>85</sup>.

Note-se que o próprio ato jurídico da União que venha a estabelecer o euro digital poderá definir, desde logo, algumas regras sobre o modelo de distribuição, sendo que nesse caso as questões relativas a uma eventual subcontratação de funções pelo BCE poderiam ficar resolvidas de antemão.

Não obstante, considerando que o euro digital seria um passivo do Banco Central, é natural, e porventura mesmo inevitável, que o BCE pretenda manter controlo sobre aspetos centrais dessa função como forma de assegurar o bom funcionamento do sistema e de modo a mitigar eventuais riscos associados ao processo de distribuição.

Sobre eventuais modelos de liquidação do euro digital, nos quais incluiremos as funções de suporte à liquidação das operações de pagamento com recurso ao euro digital, i.e., verificação da disponibilidade de fundos por parte do ordenante da operação e registo dos fundos transferidos, parece-nos que os mesmos poderão assumir, em traços gerais, dois tipos: centralizado ou descentralizado<sup>86</sup>.

No modelo de liquidação centralizado, o BCE ou os BCNs controlariam integralmente todas as fases liquidação de operações de pagamento com recurso ao euro digital.

No modelo de liquidação descentralizado, o Eurosistema poderia, por exemplo, controlar apenas o registo dos fundos transferidos e deixar às entidades supervisionadas as funções auxiliares relativas à prestação de serviços relacionados com a transferência desses fundos.

Qualquer um destes modelos não impediria a intermediação por parte de entidades supervisionadas, nomeadamente prestadores de serviços de pagamento, na distribuição do euro digital, fosse através do *onboarding* de novos utilizadores de euro digital ou através do apoio no *funding/defunding*<sup>87</sup> de euro digital, em contas de euro digital ou em carteiras digitais.

Importa, contudo, perceber que tipo de modelo ofereceria maiores riscos para o Eurosistema atendendo à caracterização do euro digital como moeda de Banco Central e à correspondente necessidade, atenta essa qualificação, do Eurosistema suportar eventuais danos decorrentes de falhas nas regras de funcionamento do euro digital ou da infraestrutura que permitirá a sua circulação. Com efeito, parece-nos que será imperativo atender à possibilidade e capacidade do Eurosistema manter um controlo adequado da liquidação desta moeda de banco central.

Poderá dizer-se, numa perspetiva mais técnica, que esse controlo poderia ser facilitado se recorresse à tecnologia DLT. Caso o Eurosistema optasse por utilizar uma *permissioned blockchain*<sup>88</sup> para a emissão do euro digital, onde cada instituição fosse responsável pelo

<sup>85</sup> Pizarro refere que será no Acordo de Nível de Serviço “que se encontram formuladas as exigências da empresa cliente, relativamente ao nível de serviço prestado”, sendo que apesar da sua relevância na relação contratual que se estabelece entre a organização e o prestador externo, o mesmo, “é sistematicamente esquecido”, Pizarro, ob cit., p.63.

<sup>86</sup> Sendo que no tipo descentralizado pode também assumir-se como um subtipo um modelo de liquidação que funcione com base na transferência de *tokens* e que permita a realização das funções necessária à liquidação das operações nos próprios suportes eletrónicos (por exemplo, *smartphones*) dos utilizadores do euro digital.

<sup>87</sup> Referimo-nos aqui ao carregamento e retirada de euro digital do suporte em que este se encontre armazenado.

<sup>88</sup> Sobre a diferenciação entre *permissioned blockchain* e *permissionless blockchain* vd. Vieira dos Santos, João, Regulação dos criptoativos, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 64, dezembro de 2019, p. 34 e segs.

funcionamento de uma parte dessa rede (*node*) para proceder à distribuição do euro digital, o Eurosistema poderia, com recurso a essa tecnologia, garantir o controlo da emissão, evitando o problema da dupla alienação (*double spending*)<sup>89</sup>, e garantir a confiança dos participantes na infraestrutura do euro digital, através do desempenho de uma função de **notário** de cada transação baseada em euro digital<sup>90</sup>.

Por outro lado, quaisquer soluções tecnológicas que impliquem formas de colaboração entre os bancos centrais e o setor privado no processo de distribuição e liquidação do euro digital implicarão sempre desafios jurídicos importantes e específicos, desde logo associados à eventual necessidade de ressarcimento dos utilizadores de euro digital em caso de operações de pagamento não autorizadas.

Afigura-se, aliás, discutível, no campo da responsabilidade civil dos diferentes intervenientes neste tipo de operações, qual seria o responsável perante o utilizador do euro digital: a instituição intermediária no âmbito de possível responsabilidade contratual, ou o Banco Central que emitiu o euro digital e que é responsável pela liquidação das operações, designadamente no âmbito de uma responsabilidade pelo risco<sup>91</sup>. Só com um enquadramento jurídico do euro digital mais completo seria possível, porém, desenvolver, de forma segura e clara, os diferentes riscos e oportunidades que cada solução oferece.

## 2.5 Opções de desenho II: privacidade, acesso, remuneração e limites à detenção

### 2.5.1 Privacidade

No que respeita aos desafios jurídicos suscitados pela utilização do euro digital, importa também destacar a possível tensão entre o direito dos seus utilizadores à privacidade e a necessidade de se assegurar a integridade e a estabilidade do sistema financeiro, nomeadamente através da proteção do mesmo de atividades ilícitas associadas ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

Se por um lado, o direito à privacidade e a proteção de dados pessoais se encontram consagrados como direitos fundamentais no artigo 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, por outro lado, seja no modelo *account-based*, seja no modelo *token-based*, a emissão de um euro digital suscita questões relacionadas com a proteção do interesse público e estabilidade do sistema financeiro que carecem também de ser levadas em conta.

É inegável que uma das grandes vantagens das notas e moedas no que respeita à sua utilização é a possibilidade da sua movimentação ser realizada de forma completamente anónima. Contudo, a impossibilidade de rastreamento das operações efetuadas, exclusivamente em

<sup>89</sup> Ibid, p. 32 e 33.

<sup>90</sup> O presente exemplo é apontado como um possível modelo para a emissão do euro digital: *Of existing CBDCs, there is no uniform issuance model. The Eastern Caribbean implements an account-based model, whereby consumers hold deposit accounts directly with the central bank. On the other hand, China's CBDC pilot uses private-sector banks to distribute and maintain accounts. Meanwhile, the European Central Bank is considering using a permissioned blockchain, where each financial institution operates a node on the network. Finally, a fourth, untested, model would issue fiat currency as anonymous fungible tokens to protect user privacy.* (sublinhado nosso) Burke, Mary Elizabeth, *From Tether to Terra: The current stablecoin ecosystem and the failure of regulators*, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. XXVIII, p. 139.

<sup>91</sup> Antecipando que não exista uma relação contratual entre o BCE e os utilizadores do euro digital.

numerário, é também um fator de risco no que respeita à verificação das regras atinentes à prevenção do branqueamento de capitais e do combate ao financiamento do terrorismo, motivo pelo qual, as operações de pagamento eletrónicas se encontram sujeitas a regras mais restritivas neste âmbito, e se preveem regras que limitam a utilização de numerário.

Efetivamente, sendo de descartar a hipótese de um completo anonimato na utilização do euro digital, deveria ainda assim ser possível assegurar diferentes níveis de privacidade em função dos riscos associados à utilização do euro digital, i.e., operações de baixo valor entre utilizadores de euro digital, executadas em ambiente *offline*, poderiam respeitar um nível de privacidade mais elevado, do que operações, executadas em ambiente *online*, de valores mais significativos<sup>92</sup>, dados os riscos de *hacking* e *malware* associados. Neste contexto, será uma questão incontornável saber se as regras que se encontram em vigor para as operações de pagamento eletrónicas devem aplicar-se à eventual detenção e utilização do euro digital.

Fará sentido no quadro do euro digital uma abordagem baseada no risco das operações? Em caso de resposta afirmativa, deve essa abordagem estar em linha com o quadro regulatório da prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, vigente, ou deverá seguir-se uma abordagem nova através da criação de um regime regulatório autónomo feito à medida das especificidades do euro digital?

Por um lado, a aplicação de medidas alinhadas com a Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2015 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo (doravante “Diretiva (UE) 2015/849”)<sup>93</sup> apresenta a vantagem de, com algumas alterações cirúrgicas, por exemplo ao disposto no artigo 12.º da Diretiva (UE) 2015/849, permitir a aplicação a certas operações com o euro digital, consideradas de baixo risco, e assim ser possível incluir as operações com o euro digital no quadro regulatório atual de forma rápida e oferecendo alguma segurança jurídica às entidades que já estão habituadas a trabalhar com as regras atuais.

A título de exemplo poderia ponderar-se a aplicação das regras sobre “Diligência simplificada quanto à clientela” (artigo 15.º da Diretiva (UE) 2015/849) ao *onboarding* de utilizadores de euro digital, tendo, no entanto, presente que as referidas regras não se encontram harmonizadas ao nível dos Estados-Membros, não sendo obrigatórias e podendo até ser alteradas se os fatores indicativos de situações com um risco potencialmente mais baixo se alterarem<sup>94</sup>.

Num outro plano, a criação de um regime regulatório específico, com base no artigo 133.º do TFUE, possibilitaria ao legislador, eventualmente, uma maior flexibilidade na criação de regras próprias mais alinhadas com o modelo de funcionamento que vier a ser definido para o euro digital. A título de exemplo, poderia ponderar-se se a eventual existência de limites à detenção

<sup>92</sup> No mesmo sentido, a carta do Presidente do Eurogrupo, de 4.04.2022, dirigida aos membros do Eurogrupo sobre este *tema A risk-based approach could be followed to allow for more privacy in the case of less risky and smaller transactions*.

<sup>93</sup> JOUE L 141 de 5.6.2015, p. 73.

<sup>94</sup> Cf. Sendo que tais medidas não invalidariam por parte das entidades intervenientes um acompanhamento contínuo das operações e relações de negócio com os utilizadores do euro digital de modo a permitir a deteção de operações não habituais ou suspeitas (cf. artigo 15.º, n.º 3 da Diretiva (UE) 2015/849). Note-se que, na sequência de proposta da Comissão Europeia, se encontra presentemente em negociação a nível europeu o novo pacote legislativo relativo à prevenção e combate ao branqueamento de capitais e branqueamento do terrorismo (que visa substituir a Diretiva (UE) 2015/849, através de um regulamento e de uma diretiva, além de propor a criação de uma autoridade europeia nesta matéria e a revisão do regulamento sobre transferência de fundos) — cfr. [https://finance.ec.europa.eu/publications/anti-money-laundering-and-countering-financing-terrorism-legislative-package\\_en](https://finance.ec.europa.eu/publications/anti-money-laundering-and-countering-financing-terrorism-legislative-package_en). Nesse contexto, as regras de diligência simplificada quanto à clientela passam a estar previstas na proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, o que à partida poderá aumentar o grau de harmonização destas regras (cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0420>).

do euro digital não justificaria a existência de um regime de *onboarding* mais aligeirado do que aquele que é presentemente permitido pelas regras de diligência simplificada quanto à clientela, acima referidas. As desvantagens da criação de um regime específico de prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo reportam-se, designadamente, à criação de regras não testadas para uma área do direito financeiro particularmente sensível.

Sem prejuízo de não existir uma solução única neste campo, parece-nos que, no que respeita a operações com euro digital, em que existam entidades supervisionadas a intermediar as operações entre ordenantes e beneficiários, a aplicação de regras similares às previstas na Diretiva (UE) 2015/849<sup>95</sup> parece justificar-se, bem como a adoção de uma abordagem baseada no risco das próprias operações. Se a aplicação dessas regras se deverá basear em regras resultantes de uma alteração da Diretiva 2015/849 ou num regime próprio, será algo que terá de advir do peso que os co-legisladores irão atribuir às vantagens e desvantagens de cada uma dessas opções regulatórias.

### 2.5.2 Acesso ao euro digital

A utilização e o acesso ao euro digital podem ser sujeitas a restrições em função de dois critérios: cidadania ou residência dos seus utilizadores.

Caso a introdução do euro digital vise dar cumprimento às políticas económicas gerais assumidas pela União, designadamente, a projeção internacional do euro através da emissão de um euro digital que permita estimular a sua procura entre os investidores estrangeiros e reforçar a autonomia económica europeia, a imposição de eventuais restrições em termos de acesso baseadas nos critérios da cidadania ou residência dos seus utilizadores poderá ser mais difícil de justificar<sup>96</sup>.

Se, por um lado, poderá ser desproporcional a imposição de restrições no acesso ao euro digital a pessoas singulares que pretendam visitar Estados-Membros da União, por outro lado, o chamado *onboarding* de turistas ou visitantes, enquanto utilizadores temporários desta moeda digital, também poderá ser complexo ou pouco atrativo para as entidades supervisionadas que participem na distribuição do euro digital, dada a complexidade operacional associada a esse *onboarding*.

Note-se, porém, que a imposição de tais restrições, baseadas num critério de cidadania, pode também suscitar dificuldades na sua aplicação em face do princípio fundamental da livre circulação de capitais, com potenciais problemas acrescidos de discriminação entre cidadãos da União. No domínio da livre circulação de capitais, tendo em conta o artigo 63.º do TFUE<sup>97</sup>, a sua aplicabilidade transcende aos Estados-Membros da União (e não apenas à área euro), aplicando-se a transações e pagamentos com países terceiros, proibindo-se qualquer restrição (não justificada) à circulação de capitais e aos pagamentos entre os Estados-Membros, bem como entre os Estados-Membros e os países terceiros<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Ou do regime que a venha a substituir (cfr. nota de rodapé anterior).

<sup>96</sup> Relatório do BCE relativo ao euro digital, Report on a digital euro, em outubro 2020, p. 14.

<sup>97</sup> “No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.” e “[N]o âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos pagamentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros”. (artigo 63.º, n.º 1 e n.º 2 do TFUE)

<sup>98</sup> Por outro lado, a imposição de restrições ao acesso ao euro digital também poderá ser vista como uma restrição à livre prestação de serviços na União (artigo 56.º do TFUE).

Assim, diferentemente do que sucede com as restantes liberdades previstas no TFUE, o princípio da livre circulação de capitais estende o seu âmbito de aplicação a países terceiros, beneficiando de um “âmbito de aplicação territorial ilimitado”<sup>99</sup>. Neste sentido, a possibilidade de restringir a utilização do euro digital deverá ter em conta uma ponderação dos limites admitidos ao princípio da livre circulação, atendendo a critérios de adequação e de necessidade. Tais restrições devem ser consideradas necessárias e proporcionais, decorrentes de uma análise às possibilidades de ultrapassar os eventuais riscos identificados através da configuração das características e do desenho da emissão do euro digital.

Podemos ainda questionar-nos se o ato jurídico de introdução do euro digital, baseado no artigo 133.º do TFUE, pode, enquanto legislação secundária da União, prever limites às liberdades fundamentais de circulação. Efetivamente, parece-nos que estas liberdades estão sobretudo pensadas para serem aplicadas a medidas nacionais, mas não deixam de ter uma aplicação mais ampla. Por outro lado, sendo o euro a moeda única da União (artigo 3.º, n.º 4 do TUE), mesmo que nem todos os Estados-Membros façam parte da área do euro, a ideia de se discriminar entre cidadãos europeus de Estados-Membros da área do euro e cidadãos europeus de Estados-Membros de fora da área do euro, parece à partida incoerente e problemática, na medida em que não existe uma “cidadania da área do euro” ao abrigo do Direito da União Europeia. Tal discriminação, se não for devidamente explicada, enquadrada, e resolvida, poderia até ser vista como uma forma de reconhecimento de que existem, para este efeito, cidadãos europeus de primeira linha e de segunda linha, consoante sejam ou não nacionais de Estados-Membros da área do euro<sup>100</sup>.

Uma solução alternativa que se poderia ponderar decorreria da utilização do critério de residência, ou de residência habitual. Deste modo, uma pessoa singular com residência habitual num Estado-Membro da área do euro poderia ser utilizadora de euro digital, mesmo que não fosse cidadã de um Estado-Membro. Contudo, tal conceito, apesar de ser mais presente e comum no Direito Internacional Privado, não se encontra definido no Direito da União, pelo que algum nível de apoio no direito nacional poderá ser necessário para operacionalizar este possível critério ao nível do acesso ao euro digital.

### 2.5.3 A remuneração do euro digital e os limites à detenção

O Relatório do BCE indica que *the digital euro should be an attractive means of payment, but should be designed so as to avoid its use as a form of investment and the associated risk of large shifts from private money (for example bank deposits) to digital euro*<sup>101</sup>.

O acesso generalizado ao euro digital é suscetível de gerar questões relevantes ao nível da estabilidade financeira, da desintermediação e do papel das instituições no funcionamento do sistema financeiro. Não obstante, a introdução de limites à remuneração do euro digital ou à sua detenção que permitiriam controlar ou reduzir estes riscos, não são também isentos de desafios.

<sup>99</sup> Expressão utilizada pelo TJUE no acórdão de 5 de maio de 2011, C-384/09, (Prunus SARL e Polonium S. A. contra Directeur des services fiscaux), 20.

<sup>100</sup> Ou imaginando-se o caso de se restringir o acesso ao euro digital apenas aos cidadãos dos Estados-Membros da área do euro, essa restrição poderia ser vista como uma violação do direito à igualdade de tratamento, face a cidadãos de fora da área do euro mas residentes em Estados-Membros da área do euro (“Sob reserva das disposições específicas previstas expressamente no Tratado e no direito secundário, todos os cidadãos da União que, nos termos da presente diretiva, residam no território do Estado-Membro de acolhimento beneficiam de igualdade de tratamento em relação aos nacionais desse Estado-Membro, no âmbito de aplicação do Tratado” — artigo 24.º, n.º 1 da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004 relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros).

<sup>101</sup> Relatório do BCE relativo ao euro digital, Report on a digital euro, em outubro 2020, p. 18.

Por um lado, um euro digital remunerado pode criar alguma tensão entre função de emissão e a função de supervisão prudencial e de autoridade monetária do BCE. A mera projeção da eventual utilização do instrumento da remuneração para limitar ou incentivar a utilização do euro digital, arrisca-se a colocar o BCE numa posição ambígua face às suas funções tradicionais. Por outro lado, se a utilização desse instrumento não funcionar num quadro regulatório objetivo e definido *a priori*, o risco de se suscitarem, futuramente, conflitos de interesses não é despreciando.

A remuneração do euro digital poderia ser implementada através da configuração de uma taxa fixa ou variável. Com efeito, num modelo *account-based*, um mecanismo possível para reduzir os incentivos à utilização excessiva do euro digital, em função de preocupações relacionadas com a estabilidade financeira, consistiria na remuneração do euro digital a uma taxa variável<sup>102</sup>.

A possibilidade de o euro digital ser remunerado relaciona-se ainda com a possível — ainda que muito discutível — conceção e utilização do euro digital como instrumento de política monetária. Nesse caso, a remuneração não seria apenas um meio para controlar os limites de detenção com vista à salvaguarda da estabilidade financeira, mas passaria também a representar um instrumento comum de política monetária, através do qual, à semelhança de outros instrumentos, o BCE/Eurosistema interviria na economia (neste caso, de um modo bastante mais direto) com vista a influenciar a evolução dos preços, tendo em vista o seu objetivo primordial de promoção da estabilidade dos preços<sup>103</sup>.

Esta evolução representaria, contudo, um enorme desafio, considerando o modelo atual de intermediação financeira, além de não nos parecer compatível com a ideia de que o euro digital visa complementar as notas de banco, num contexto de crescente digitalização económica.

Por último, ainda em sede de discussão sobre a remuneração ou não do euro digital, existem autores que consideram que a eventual emissão de um euro digital, ao abrigo do artigo 128.º do TFUE, ou seja, com base na partilha de características com as atuais notas e moedas físicas de euro, será por si só um obstáculo à possibilidade de remuneração do euro digital, afirmando que:

*It remains questionable whether an interest introduced in order to disincentivise users from using a digital euro as a store of value, as the Bindseil-Model of a tiered remuneration of the digital euro proposes, would be admissible under Article 128 (1) TFEU. We rather doubt it. Even if such interest bearing digital euro did not serve a monetary policy objective, it would not appear to be following the model of a banknote which is (as opposed to a bond or a negotiable instrument embodying a payment obligation of the issuer with interest coupons adherent to it) by nature not interest-bearing.*<sup>104</sup>

Além da discussão relativa à remuneração ou não do euro digital, existe outra questão importante: a necessidade/possibilidade de introdução de limites à detenção do euro digital por parte dos seus utilizadores como forma de mitigar eventuais riscos para a estabilidade financeira associados a este projeto.

<sup>102</sup> Note-se que, embora a remuneração do euro digital se revele como possível à luz da tecnologia disponível, a estrutura e características associadas à emissão e à conceção do euro digital podem comportar desafios adicionais à adoção de um euro digital remunerado.

<sup>103</sup> Uma das características do euro digital, mencionada no Relatório do BCE relativo ao euro digital, refere-se à *Monetary policy option: If considered to be a tool for improving the transmission of monetary policy, the digital euro should be remunerated at interest rate(s) that the central bank can modify over time*, Report on a digital euro, em outubro 2020, p. 48.

<sup>104</sup> Katharina Muscheler e Christopher Hunt., “Recent legal developments in the area of crypto-assets and a digital euro”— *Working Paper No 164*, Institute for Law and Finance, Frankfurt, 2021, p. 7 e 8.

Note-se que, a definição de limites à detenção do euro digital sugere um afastamento ainda mais pronunciado entre a natureza jurídica das notas e moedas de euro, para as quais não existem quaisquer limites de detenção.

Essa limitação parece-nos possível de ser estabelecida, caso seja justificada por opções políticas do Eurosistema ou considerando preocupações relacionadas com a estabilidade financeira<sup>105</sup>. Neste caso, a solução de interligação entre a detenção de euro digital e contas de pagamento existentes em euros carece de ser analisada, por forma a que existam soluções disponíveis que não impeçam a concretização de operações de pagamento entre utilizadores (caso os limites de detenção do euro digital sejam ultrapassados com as referidas operações, quer por se atingir um montante máximo pré-estabelecido de euro digital, quer por inexistir na conta ou aplicação do ordenante de uma operação o montante de euro digital necessário à concretização da mesma).

Tais limitações entroncam com a discussão sobre o curso legal do euro digital, podendo a própria existência de limites à sua detenção (tal como a sua possível remuneração negativa) serem vistos como obstáculos ao curso legal do euro digital, nos termos que em que tradicionalmente o entendemos.

## 2.6 Reflexões finais

A existir, o euro digital deverá ser concebido como moeda. A novidade do euro digital face a outros tipos de moeda poderá ser precisamente a manutenção de uma **pura forma escritural** ou eletrónica. Sem prejuízo, tal como no euro **tradicional**, as formas escritural, física ou eletrónica não quebram a natureza de moeda de Banco Central, e o mesmo sucederá também com o euro digital, independentemente do modelo ou modelos que venham a ser adotados para a sua emissão pelo BCE e pelos BCN da área do euro.

Com base no artigo 128.º, n.º 1 do TFUE, a legitimidade do BCE como emissor de notas de euro não gera qualquer tipo de dúvidas. Contudo, se é inquestionável a competência do BCE quanto à emissão das habituais notas físicas, o mesmo não se pode afirmar relativamente à eventual decisão do BCE de emitir notas digitais. A ligação estreita entre o euro digital e o referido artigo do Tratado não pode, a nosso ver, ser assumida à partida, e será mais ou menos forte, consoante o modelo de euro digital que venha a ser adotado.

Neste enquadramento, as medidas necessárias à utilização do euro digital deverão ter de ser, pelo menos parcialmente, asseguradas por legislação do Parlamento Europeu e do Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, nos termos do artigo 133.º do TFUE. Parecendo-nos, à partida dispensável uma alteração cirúrgica e simultânea ao artigo 128.º, n.º 1 do TFUE para uma eventual consagração concreta (ou, pelo menos, explícita) do poder do BCE e BCN para a emissão do euro digital, embora se reconheça que, sem ela, a importância do processo legislativo europeu na construção do euro digital, face ao SEBC/BCE, será maior.

<sup>105</sup> Uma abordagem designada como *waterfall surge* referida no Relatório do BCE sobre o euro digital *To ensure that a user can always receive a payment in digital euro and no information is disclosed on current individual holdings, a “waterfall” approach would be possible whereby any incoming digital euro in excess of the holding limit would be shifted automatically to the payee’s account in private money. However, this would require all payees to hold such an account.* A referida abordagem pode, na perspetiva tecnológica, ser complementada com uma *reverse waterfall* em que quaisquer operações em euro digital que excedessem os fundos existentes numa conta ou carteira digital, conduziriam a um carregamento automático do valor de euro digital em falta de uma conta em moeda de banco comercial.

Deste modo a articulação entre as competências implícitas previstas no artigo 128.º, n.º 1, do TFUE e os poderes legislativos atribuídos aos co-legisladores, pelo artigo 133.º do TFUE, pode ser apontada como uma base jurídica adequada para a futura emissão do euro digital e a implementação das medidas necessárias à sua utilização.

A determinação do curso legal do euro digital por via de um futuro ato legislativo da União relativo ao euro digital ou até ao euro em sentido amplo, entenda-se euro físico e euro digital, é admissível e relevante para a própria concretização do significado do estatuto de curso legal do euro até agora omissis no direito da União, podendo a jurisprudência do TJUE servir de inspiração a essas disposições.

Importa compreender os limites à participação do setor privado (intermediários) na distribuição do euro digital, desde logo considerando que se trata de uma forma de *outsourcing* de um poder público, associado ao poder emissor dos Bancos Centrais do Eurosistema. Conclui-se, ainda assim, que será admissível prever o envolvimento direto e próximo de intermediários na distribuição do euro digital, em linha com o modelo já existente de distribuição de notas de euro (embora as soluções tenham necessariamente de ser adaptadas às especificidades de cada tipo de moeda). Não obstante, interessará clarificar como deve relacionar-se essa intervenção dos intermediários com o papel do Eurosistema, a quem cabe a responsabilidade última pela função pública em causa (no que diz respeito à emissão), nomeadamente em termos de supervisão e controlo das entidades terceiras às quais se entenda atribuir as funções auxiliares em questão.

No contexto do direito à privacidade e proteção de dados pessoais dos utilizadores do euro digital, a hipótese de um completo anonimato na utilização do euro digital não parece ser exequível. Não obstante, deveria ainda assim ser possível assegurar diferentes níveis de privacidade em função dos riscos associados à utilização do euro digital. No que respeita a operações *online* em euro digital, em que existam entidades supervisionadas a intermediar as operações entre ordenantes e beneficiários, a aplicação de regras similares às previstas na Diretiva (UE) 2015/849 ou a própria criação de um regime próprio naquela inspirada, no ato jurídico que vier a introduzir o euro digital, parecem justificar-se.

A eventual emissão de um euro digital no âmbito das competências previstas no artigo 128.º do TFUE, ou seja, com base na partilha de características do euro digital com as notas e moedas de euro, pode ser vista como um obstáculo à possibilidade de remuneração do euro digital.

A utilização e o acesso ao euro digital são passíveis de ser alvo de restrições em função da residência e/ou cidadania do seu utilizador. Contudo, à luz da livre circulação de capitais e da existência de uma cidadania europeia única, tais restrições deverão, na medida do possível, ser devidamente ponderadas ou até limitadas face aos objetivos que o euro digital pretende atingir.

## 2.7 Epílogo: A proposta de Regulamento da Comissão Europeia relativa à criação do euro digital

Apresentada pela Comissão Europeia, no dia 28 de junho de 2023, foi publicada a proposta de Regulamento relativa à introdução do euro digital pretende estabelecer/criar o euro digital. Trata-se de uma proposta de Regulamento que visa regular aspetos essenciais da utilização desta moeda digital de banco central na área do euro (artigo 1.º da proposta de Regulamento).

Com efeito, embora não tenha sido possível incluir no presente artigo elementos novos e importantes que decorrem desta muito recente proposta legislativa, entendemos adequado

referir, ainda que de forma sumária, neste epílogo, alguns traços distintivos dessa proposta, também considerando os desafios jurídicos acima considerados<sup>106</sup>.

No que respeita à base legal, a proposta de Regulamento assenta no artigo 133.º do TFUE, assumindo-se, claramente, como uma medida necessária para a utilização do euro como moeda única, também atenta a possibilidade (referida nos considerandos da proposta)<sup>107</sup> de outros bancos centrais virem a emitir ou já estarem a emitir uma MDBC.

Contudo, note-se que a proposta de Regulamento indica, no seu artigo 4.º, n.º 1, que:

*In accordance with the Treaties, the European Central Bank shall have the exclusive right to authorise the issue of the digital euro, and the European Central Bank and the national central banks may issue the digital euro.*

Deste modo, a referência inicial [*In accordance with the Treaties*] aponta para a competência de emissão do BCE, estabelecida no artigo 128.º do TFUE. Através desta menção direta aos Tratados, contudo, sem se invocar de forma expressa o artigo 128.º do TFUE, a proposta de Regulamento da Comissão Europeia é, ainda assim, omissa quanto à base concreta da competência do BCE para a emissão de uma versão **digital** da moeda única.

Por outro lado, a emissão do euro digital pelo BCE será sempre um passo subsequente a este passo inicial e fundacional de criação de um euro digital, tal como assumido na proposta de Regulamento, logo no seu artigo 1.º: *With a view to adapting the euro to technological changes and to ensuring its use as a single currency, this Regulation establishes the digital euro and lays down rules concerning in particular its legal tender status, distribution, use, and essential technical features.*

Trata-se, assim, pelo menos na opinião da Comissão, de uma competência emissora (do BCE) condicionada ao exercício prévio de um poder legislativo da União de introdução do euro digital e de definição das suas regras essenciais.

Além disso, mantendo sob a égide do BCE a decisão quanto à emissão ou não emissão do euro digital, assim que o ato jurídico seja publicado, a proposta prevê também que o BCE detalhe as regras aplicáveis à emissão do euro digital: *Within the framework of this Regulation, the digital euro shall also be governed by the detailed measures, rules and standards that may be adopted by the European Central Bank pursuant to its own competences (art. 5.º, n.º 2 da proposta de Regulamento).* Note-se que existe uma tensão entre a parte inicial e final desta norma, ora apontando para o enquadramento do Regulamento, ora referindo as competências do BCE nos termos do Tratado.

Outro aspeto digno de relevo é o da atribuição na proposta de Regulamento de curso legal ao euro digital, bem como o estabelecimento da sua aceitação obrigatória por parte dos beneficiários de operações de pagamento (artigo 7.º da proposta de Regulamento). Note-se, porém, que, de modo a salvaguardar as microempresas que, atualmente, não aceitem pagamentos eletrónicos, a proposta de Regulamento prevê, no seu artigo 9.º, exceções a essa aceitação obrigatória, solução essa que nos parece alinhada com o princípio da proporcionalidade.

Um dos aspetos importantes da proposta é o da ampliação da definição do conceito de **fundos**, constante do artigo 4.º, n.º 25, da atual DSP2. Por um lado, a inclusão do euro digital no conceito de fundos da DSP2 permitirá a aplicação das regras relativas à prestação de serviços de pagamento às operações de pagamento baseadas em euro digital. Contudo, por outro lado, antecipam-se, desde já, algumas dificuldades na aplicação de um regime jurídico pensado para

<sup>106</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of the digital euro, COM/2023/369 final, disponível através da seguinte hiperligação: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52023PC0369>.

<sup>107</sup> Vd. Considerando 7 da Proposta.

operações de pagamento com moeda de banco comercial, nomeadamente ao nível da aplicação das regras relativas a operações de pagamento não autorizadas.

A proposta de Regulamento refere também que não será estabelecida qualquer relação contratual entre o BCE e os utilizadores do euro digital, sendo a distribuição e a prestação de serviços de pagamento relacionados com o euro digital realizada pelas entidades autorizadas a prestar serviços de pagamento na União. Não obstante esta solução permitir antecipar um modelo de distribuição descentralizado, comparável, de certo modo, ao atualmente existente para as notas e moedas de euro, muito pouco é dito na proposta sobre como irá operar a relação entre o Eurosistema e os intermediários, designadamente, mas não apenas, ao nível das respetivas esferas de responsabilidade.

Sobre a temática da privacidade dos utilizadores do euro digital, a proposta de Regulamento indica que o Eurosistema não terá acesso a quaisquer dados dos utilizadores de euro digital disponíveis nos serviços designados de *front-end* dos prestadores de serviços de pagamento que distribuam o euro digital (art. 28.º, n.º 2, *in fine*, da proposta de Regulamento), dedicando um capítulo às questões relacionadas com privacidade e proteção de dados (Capítulo VIII da proposta de Regulamento), temática esta que tem suscitado muitas questões aos futuros utilizadores do euro digital, como demonstrou a consulta da Comissão.

No que respeita ao acesso, a proposta de Regulamento estabelece a possibilidade de utilização do euro digital por cidadãos ou residentes em países terceiros desde que exista um acordo prévio entre a União e esses países (artigo 19.º, da proposta de Regulamento). Adicionalmente, surge acompanhada de uma proposta de Regulamento relativa à prestação de serviços de pagamento com euro digital por prestadores de serviços de pagamento de Estados-Membros da União que ainda não adotaram o euro<sup>108</sup>, evitando-se, assim, a fragmentação do mercado interno, através da definição para os prestadores de serviços de pagamento desses Estados-Membros de regras próprias atinentes à distribuição do euro digital. Também o acesso ao euro digital por parte de cidadãos europeus não residentes na área do euro carecerá de um acordo entre o BCE e as autoridades desse Estado Membro.

No que se refere à aplicação de regras sobre combate ao branqueamento de capitais e financiamento de terrorismo (AML/CFT), a proposta de Regulamento atribui à futura *Anti-money laundering authority of the Union* (AMLA) e à Autoridade Bancária Europeia (EBA) o mandato para emitirem Orientações conjuntas para especificar os requisitos AML/CFT aplicáveis à prestação de serviços de pagamento básicos com euro digital (artigo 14.º, n.º 5, da proposta de Regulamento).

Segundo a proposta de Regulamento as contas de pagamento em euro digital não serão remuneradas, estabelecendo-se também a necessidade de imposição de limites às detenções de euro digital, cujos parâmetros terão de ser definidos pelo BCE, considerando, designadamente, os impactos ao nível da estabilidade financeira (artigo 16.º da proposta de Regulamento).

Por sua vez, a inexistência de remuneração indicia uma tentativa de estabelecer um paralelismo com as características do euro físico, embora essa mesma aproximação seja menor, com efeito, quando se avança para a definição de limites de detenção (ou pelo menos para a criação de um quadro institucional em que o BCE tem mandato para definir esses limites), que em todo o caso parecem necessários e eram claramente aguardados.

<sup>108</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the provision of digital euro services by payment services providers incorporated in Member States whose currency is not the euro and amending Regulation (EU) 2021/1230 of the European Parliament and the Council, COM/2023/368 final, disponível através da seguinte hiperligação: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52023PC0368>.

Tal como antecipado no presente estudo, a atuação da Comissão, ao avançar com uma proposta legislativa nestes termos, que pode, em alguns aspetos, considerar-se expansiva e detalhada, em aspetos basilares ou que, pelo menos, se cruzam fortemente com competências do SEBC/BCE, como é o caso das questões atinentes à emissão de moeda ou à sua remuneração, suscitará, inevitavelmente, preocupações relacionadas com a independência dos bancos centrais, que certamente serão discutidas no decurso do processo legislativo em questão.

Concluindo, os caminhos trilhados pela Comissão, e posteriormente pelos co-legisladores, irão sem dúvida ajudar a dissipar alguns desafios jurídicos deste projeto tão ambicioso para a União: a emissão de uma moeda digital de banco central, trazendo o projeto Europeu, quiçá, mais próximo de ser “*uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus*”<sup>109</sup>.

## Referências bibliográficas

Athanassiou, P., Mas-Guix, N. (2008). “Electronic Money institutions: Current trends, regulatory issues and future prospects”, *ECB Legal Working Paper Series*, No 7.

Auer, R., Boar, C., Cornelli, G., Frost, J., Holden, H. e Wehrli, A. (2021). “CBDCs beyond borders: results from a survey of central bankers”, *BIS Papers* No 116.

Soares, L. (1971). *A moeda em Portugal — Breve História*, Banco de Portugal.

Baptista Machado, J. (1996). *Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador*, Coimbra, Almedina.

BCE, ECB Crypto-Assets Task Force, (2020). “Stablecoins: Implications for monetary policy, financial stability, market infrastructure and payments, and banking supervision in the euro area”, *Occasional Paper Series*, N° 247, BCE.

BCE, (2020). “Study on the payment attitudes of consumers in the euro area”.

BCE, (2020). “Report on a digital euro”.

Bossu, W., Itatani, M., Margulis, C., Rossi, A., Weenink, H. e Yoshinaga, A. (2020). “Legal Aspects of Central Bank Digital Currency: Central Bank and Monetary Law Considerations, International Monetary Fund”, WP/20/254.

Bullmann, D., Klemm, J. e Pinna, A. (2019). “In search for stability in crypto-assets: are stablecoins the solution?”, *ECB Occasional Paper Series*, No 230.

Committee on Payments and Market Infrastructures do BIS (2020). “Draft report on legal issues related to digital currencies of the WGDI legal subgroup (CPMI/20/05)”.

Committee on Payments and Market Infrastructures do BIS (2018). “Central bank digital currencies”.

Drumetz, F. e Pfister, C. (2021). “Modern Monetary Theory: A Wrong Compass for Decision-Making”, *Inter economics*, Vol.56 (6).

Duarte, M. (1997). “A Teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros” — Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito de Lisboa, LEX.

European Legal Tender Expert Group (ELTEG III), Relatório final, julho 2022.

<sup>109</sup> Preâmbulo do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Fonseca, G. (2020). "An analysis of the legal impact of central bank digital currency on the European payments landscape", *Journal of Payments Strategy & Systems* 13(4).

Grünewald, S., Zellweger-Gutknecht, C. e Geva, B. "Digital euro and ECB powers", *Common Market Law Review* 58.

Juks, R. (2018). "When a central bank digital currency meets private money: Effects of an e-krona on banks" em Special issue on the e-krona, *Sveriges Riksbank Economic Review*.

Kokkola, Tom (Ed.), (2010). *The Payment System – Payments, Securities and Derivatives and the Role of the Eurosystem*, ECB.

Mendes Correia, F. (2017). *Moeda Bancária e Cumprimento. O Cumprimento das Obrigações pecuniárias através de Serviços de Pagamento*, Coimbra, Almedina.

Menezes Cordeiro, A. (2003). *Da Compensação — No Direito Civil e no Direito Bancário*, Coimbra, Almedina.

Mersch, Y. (2018). "The role of euro banknotes as legal tender", discurso no 4<sup>th</sup> Bargeldsymposium do Deutsche Bundesbank, Frankfurt.

Muscheler, K., e Hunt, C. (2021). "Recent legal developments in the area of crypto-assets and a digital euro"-Working Paper No 164, Institute for Law and Finance.

Pizarro, S. (2010). *"O Contrato de Outsourcing"*, Coimbra, Coimbra Editora.

Simões Patrício, J. (2004). *Direito Bancário Privado*, Lisboa, Quid Juris.

Vieira dos Santos, J. (2019). "Regulação dos criptoativos, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários", n.º 64.

Zellweger-Gutknecht, C., Geva, B. e Grünewald, S., *The ECB and €-Banknotes — Could the ECB issue an electronic equivalent of paper-based euro banknotes? Under which conditions might such 'electronic banknotes' have legal tender status?*, ECB Legal Research Programme 2020.

# 3 Comentário ao acórdão do TJUE no Processo *Banka Slovenije*: a responsabilidade dos bancos centrais nacionais e o direito europeu

Luís Barroso<sup>110</sup>

Joana Gama Gomes<sup>111</sup>

## Abstract

*In this preliminary ruling case, the Court of Justice of the European Union (CJEU) addressed, for the first time, limits to the liability of the National Central Banks (NCBs) in the exercise of tasks which fall outside the scope of the European System of Central Banks (ESCB). The judgment concerns pre-BRRD resolution competences exercised by Banka Slovenia. According to the CJEU, the liability of NCBs – both in the context of non-contractual civil liability or other forms of liability (“no creditor worse off”) – must be limited, in view of the prohibition of monetary financing (Article 123 TFEU) and the principle of central bank independence (Article 130 TFEU). These conclusions apply especially to very complex functions requiring urgent action from public authorities, like resolution. In that context, to uphold the requirements of Article 123 TFEU, the CJEU considers that a NCB should only be held liable if it has committed a serious breach of the duty of care. The judgment also provides an important source of protection for NCBs from the viewpoint of independence, as NCBs may not be financially liable for damages in an amount which would interfere with their ability to perform ESCB tasks effectively.*

## Resumo

No presente reenvio prejudicial o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) abordou, pela primeira vez, os limites à responsabilidade dos Bancos Centrais Nacionais (BCNs) no exercício de competências que recaem fora do âmbito das atribuições do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC). O acórdão diz respeito ao exercício de poderes de resolução pré-BRRD por parte do Banco da Eslovénia. Segundo o TJUE, a responsabilidade dos BCNs, quer no contexto da responsabilidade civil extracontratual, quer no âmbito de outras formas de responsabilidade (*no creditor worse off*), deve ser limitada, tendo em conta a proibição de financiamento monetário (artigo 123.º do TFUE) e o princípio da independência de banco central (artigo 130.º do TFUE). Estas conclusões aplicam-se, em particular, ao exercício de funções especialmente complexas e

<sup>110</sup> Departamento de Serviços Jurídicos do Banco de Portugal.

<sup>111</sup> Departamento de Serviços Jurídicos do Banco de Portugal.

que exigem atuações rápidas por parte das autoridades públicas, como é o caso da resolução. Nesse contexto, para cumprir os requisitos do artigo 123.º do TFUE, o TJUE considera que um BCN apenas poderá ser responsabilizado se tiver cometido uma violação grave do dever de diligência. De igual modo, o acórdão protege os BCNs tendo em vista a sua independência, considerando-se que estes não podem ser financeiramente responsáveis por danos num montante que interfira com a sua capacidade de exercer eficazmente as atribuições do SEBC.

### 3.1 Enquadramento da questão

O acórdão que aqui se analisa, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) a 13 de setembro de 2022, no Processo C-45/21<sup>112</sup> (designado *Banka Slovenije*), decorreu de um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Constitucional da Eslovénia, na sequência de um processo interno de fiscalização da constitucionalidade de disposições legislativas nacionais sobre os requisitos da responsabilidade do Banco Central da Eslovénia por danos causados pelo cancelamento (*cancellation*) de determinados instrumentos financeiros.

O pedido de decisão prejudicial ao TJUE surgiu no contexto que se passa a expor.

Em 19 de outubro de 2016, o Tribunal Constitucional da Eslovénia declarou compatíveis com a Constituição as disposições legislativas nacionais que autorizam o Banco Central da Eslovénia a cancelar determinados instrumentos financeiros quando uma instituição de crédito corre o risco de insolvência e ameaça o sistema financeiro no seu conjunto.

Tendo em conta, porém, a ausência, na referida legislação, de regras processuais especiais relativas às ações de indemnização que poderiam ser intentadas por anteriores titulares dos instrumentos cancelados, a Assembleia Nacional da Eslovénia adotou uma lei com vista a assegurar a tutela dos interesses dessas pessoas.

Na sequência da aprovação desta legislação e considerando os impactos que a mesma teria, o Banco Central da Eslovénia apresentou um pedido de fiscalização da constitucionalidade de várias normas da referida legislação. As disposições legislativas que geraram controvérsia estabeleciam que o Banco Central da Eslovénia poderia ser responsabilizado por danos causados pelo cancelamento de determinados instrumentos financeiros no âmbito de dois regimes distintos e alternativos<sup>113</sup>.

Por um lado, poderia, em princípio, haver lugar a responsabilidade quando se demonstrasse que o cancelamento de um instrumento não era uma medida necessária para evitar a insolvência do banco em causa e assegurar a estabilidade do sistema financeiro, ou que foi violado o princípio segundo o qual nenhum credor pode ser mais desfavorecido do que seria em caso de insolvência — princípio *No creditor worse-off* (NCWO). Nestes casos, nos termos da lei, só poderia haver lugar à referida responsabilidade se o Banco Central da Eslovénia não demonstrasse que o próprio, ou que as pessoas a quem conferiu legitimidade para agir em seu nome, atuaram com a devida diligência. Assim, a legislação eslovena exigia apenas que se verificasse uma violação do dever de diligência, independentemente da sua gravidade, sendo que o ónus da prova relativo ao cumprimento deste dever recairia sobre o banco central e não sobre os recorrentes (doravante designado **primeiro regime**).

Por outro lado, as pessoas singulares anteriormente titulares de um instrumento financeiro cancelado e cujos rendimentos anuais fossem inferiores a um determinado limite poderiam obter do

<sup>112</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de setembro de 2022, *Banka Slovenije*, Processo C-45/21, ECLI:EU:C:2022:670.

<sup>113</sup> Acórdão *Banka Slovenije*, parágrafos 22-24.

Banco Central da Eslovénia o pagamento de uma indemnização de montante equivalente a 80% do preço pago na aquisição desse instrumento financeiro, até um montante máximo de 20.000 euros. Beneficiariam desse regime pessoas singulares com um rendimento anual inferior a um limite definido por essa legislação e que tivessem renunciado à obtenção de uma indemnização desses danos através de outra via de recurso (doravante designado **segundo regime**).

A lei previa, ainda, que, para assegurar a cobertura dos custos decorrentes da aplicação dos dois regimes de responsabilidade, os lucros obtidos pelo Banco Central da Eslovénia, a partir de 1 de janeiro de 2019, deveriam ser adstritos a reservas especiais dedicadas a essa cobertura. Se essas reservas especiais se revelassem insuficientes para o efeito, o Banco Central da Eslovénia deveria utilizar até 50% das suas reservas gerais constituídas até 1 de janeiro de 2019, recorrendo, em último recurso, a empréstimos das autoridades eslovenas.

Por fim, este Processo no TJUE envolveu, ainda, a análise à alteração à Lei do Setor Bancário, que obriga o Banco Central da Eslovénia a publicar ou disponibilizar ao público os documentos e informações que constituíram os fundamentos da decisão de cancelamento de determinados instrumentos financeiros<sup>114</sup>, considerando as obrigações estabelecidas na Diretiva 2006/48/CE e na Diretiva 2013/36/UE, relativas ao acesso à atividade das instituições de crédito e à sua supervisão prudencial<sup>115</sup>.

### 3.2 Questões submetidas ao TJUE a título prejudicial

O pedido de decisão prejudicial prendeu-se, essencialmente, com a interpretação dos artigos 123.º e 130.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) e dos artigos 7.º e 21.º do Protocolo relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu (Estatutos).

Mais concretamente, o órgão jurisdicional de reenvio pretendia ver esclarecido<sup>116</sup>:

(i) se o artigo 123.º do TFUE e o artigo 21.º dos Estatutos devem ser interpretados no sentido que proíbem que um Banco Central Nacional (“BCN”), membro do Sistema Europeu de Bancos Centrais (“SEBC”), tenha uma responsabilidade indemnizatória, a efetivar através de recursos próprios, em relação aos anteriores titulares de instrumentos financeiros cancelados em aplicação de medidas de saneamento<sup>117</sup>, na aceção da Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de abril de 2001 relativa ao saneamento e à liquidação das instituições de crédito<sup>118</sup> (Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de

<sup>114</sup> Pedido de decisão prejudicial (Tribunal Constitucional da Eslovénia), Processo C-45/21, *Banka Slovenije*, n.º 45-53.

<sup>115</sup> Ainda que esta matéria tenha, igualmente, sido alvo de análise pelo TJUE, o presente texto abordará apenas as questões relativas à responsabilidade dos bancos centrais nacionais, temática que constitui o cerne do pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Constitucional da Eslovénia.

<sup>116</sup> Acórdão *Banka Slovenije*, parágrafo 28.

<sup>117</sup> As medidas de saneamento constituem, na aceção do artigo 2.º da Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de abril de 2001, as “medidas destinadas a preservar ou restabelecer a situação financeira de uma instituição de crédito ou de uma empresa de investimento na aceção do artigo 4.º, n.º 1, ponto 2, do Regulamento (UE) n.º 575/2013, suscetíveis de afetar direitos preexistentes de terceiros, incluindo medidas que impliquem a possibilidade de suspensão de pagamentos, suspensão de medidas de execução ou redução dos créditos; estas medidas incluem a aplicação dos instrumentos de resolução e o exercício dos poderes de resolução previstos na Diretiva 2014/59/UE”.

<sup>118</sup> A Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de abril de 2001 introduziu no espaço da União o reconhecimento mútuo e a execução em todos os Estados-Membros das decisões relativas ao saneamento ou à liquidação de instituições com sucursais em Estados-Membros diferentes daqueles em que têm a sua sede. Desta forma, todos os ativos e passivos de uma instituição, independentemente do país em que se encontrem, passaram a ser tratados num processo único no Estado-Membro de origem e os credores dos Estados-Membros de acolhimento

abril de 2001), cujo cancelamento foi decidido pelo BCN relevante, no exercício da sua competência, conferida por lei, para adotar medidas extraordinárias no interesse público de modo a prevenir ameaças à estabilidade do sistema financeiro, caso se conclua, no âmbito de processos judiciais posteriores, que, no contexto desse cancelamento de instrumentos financeiros, não foi respeitado o princípio segundo o qual nenhum titular de um instrumento financeiro deve, devido a uma medida extraordinária, ficar numa situação pior do que aquela em que se encontraria se tal medida não tivesse sido executada.

Nesse caso, questiona-se se o BCN deveria ser responsável (a) pelo prejuízo que teria sido possível prever com base nos factos e nas circunstâncias tal como se apresentavam à data da decisão do BCN e de que este tinha ou devia ter tido conhecimento, e (b) pelo prejuízo que decorra da atuação de pessoas que agiram no exercício dessas competências do BCN e segundo instruções deste último, mas que, não obstante, tendo em conta os factos e as circunstâncias de que tinham ou deviam ter tido conhecimento, em conformidade com os poderes recebidos, não agiram com a diligência de uma pessoa experiente e prudente;

(ii) se o artigo 123.º do TFUE e o artigo 21.º dos Estatutos devem ser interpretados no sentido em que proíbem que um BCN, membro do SEBC, pague, com recursos próprios, indemnizações pecuniárias especiais a uma parte dos anteriores titulares de instrumentos financeiros cancelados (segundo o critério da situação patrimonial) devido ao cancelamento dos instrumentos que foram decididos pelo referido banco no exercício da sua competência, conferida por lei, para adotar medidas extraordinárias no interesse público de modo a prevenir ameaças à estabilidade do sistema financeiro, na medida em que, para receber a indemnização bastaria que o instrumento financeiro tivesse sido cancelado, não sendo relevante a questão de saber se foi violado o princípio segundo o qual nenhum titular de um instrumento financeiro deve, devido a uma medida extraordinária, ficar numa situação pior do que aquela em que se encontraria se tal medida não tivesse sido executada;

(iii) se o artigo 130.º do TFUE e o artigo 7.º dos Estatutos devem ser interpretados no sentido de que obstam a que se imponha a um BCN o pagamento de indemnizações por danos sofridos na sequência do exercício das suas competências legais, num montante tal que seja suscetível de prejudicar a capacidade do referido BCN cumprir eficazmente as suas atribuições, e se os pressupostos legais com base nos quais é imputada a referida responsabilidade são relevantes para concluir que foi violado o princípio da independência financeira do BCN.

## 3.3 Apreciação do TJUE

### 3.3.1 O contexto institucional da aplicação de medidas de saneamento por BCNs

O TJUE começou por apreciar as questões relativas às competências dos BCNs, no contexto do SEBC. Notou, em primeiro lugar, que, fazendo parte de um sistema integrado — o SEBC —, o BCE e os BCNs dos Estados-Membros cuja moeda seja o euro conduzem, de acordo com

passaram a beneficiar do mesmo tratamento que os credores dos Estados-Membros de origem. A presente diretiva foi alterada pela Diretiva 2014/59/UE 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 (usualmente designada BRRD). O considerando 119 da BRRD explica, em particular, esta alteração, afirmando que “a fim de garantir uma resolução eficaz, a Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de abril de 2001 deverá ser aplicável em caso de utilização dos instrumentos de resolução, quer quando esses instrumentos são aplicados a instituições quer quando são aplicados a outras entidades abrangidas pelo regime de resolução. Por conseguinte, (...) deverá ser alterada”. As decisões adotadas pelo Banco Central da Eslovénia no presente caso não foram, porém, tomadas ao abrigo da BRRD.

o artigo 282.º, n.º 1, do TFUE, a política monetária da União. Desta forma, as atribuições do SEBC são executadas quer pelo BCE quer pelos BCNs, em conformidade com o artigo 9.º-2 dos Estatutos.

De seguida, o TJUE constatou que “a aplicação de medidas de saneamento das instituições de crédito, na aceção da Diretiva 2001/24, (...) não constitui uma atribuição que incumbe, por força do Direito da União, ao SEBC, em geral, ou aos bancos centrais nacionais, em particular”<sup>119</sup>. O TJUE assinalou que “tal atribuição não figura entre as atribuições fundamentais do SEBC”, constantes nos artigos 127.º, n.º 2, do TFUE e 3.º-1 dos Estatutos<sup>120</sup>.

Já anteriormente, também a Advogada-geral havia constatado, nas suas Conclusões, que “o saneamento por intervenção do Estado e a resolução ordenada de bancos não consubstanciam uma função de um BCN no quadro do SEBC, mas uma outra função pública” na aceção do artigo 14.º-4 dos Estatutos. Ainda que, nos termos do artigo 127.º, n.º 5, do TFUE, o SEBC contribua “para a boa condução das políticas desenvolvidas pelas autoridades competentes no que se refere à estabilidade do sistema financeiro”, notava a Advogada-geral, “daí não se pode inferir que a resolução bancária constitui uma função do SEBC”<sup>121</sup>. Tal resulta desde logo da redação do artigo 127.º, n.º 5, TFUE, segundo o qual o SEBC apoia «as autoridades competentes» na boa condução destas políticas e não é, ele próprio, responsável por estas políticas”<sup>122</sup>.

A Advogada-geral acrescentou, nessa sequência, que, não se tratando de uma função do SEBC, mas de uma “outra função pública”, a resolução bancária “deve, em princípio, ser financiada pelos Estados-Membros”<sup>123</sup>. Note-se que esta distinção entre funções do SEBC e outras funções públicas suscita muitas dúvidas, já que poderia sugerir que qualquer função além das atribuídas ao SEBC pelo Tratado seria qualificada como outra função pública (de natureza governamental), o que não se afigura compatível com o enquadramento do Tratado. De resto, o TJUE não apoiou o acórdão proferido no presente Processo numa distinção semelhante.

O TJUE considerou, ainda, que a Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de abril de 2001 foi adotada ao abrigo das competências da União no domínio do mercado interno, nomeadamente, a de suprimir os entraves à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços no interior da União, e não ao abrigo das suas competências no domínio da política económica e monetária<sup>124</sup>.

Por fim, o TJUE concluiu que, dispondo o artigo 127.º, n.º 5, do TFUE e o artigo 3.º-3 dos Estatutos que o SEBC contribuirá para a boa condução das políticas desenvolvidas no que se refere à supervisão prudencial das instituições de crédito e à estabilidade do sistema financeiro, estas disposições indicam “claramente que essas políticas são desenvolvidas não pelo próprio SEBC, mas pelas «autoridades competentes»”<sup>125</sup>.

Resulta, assim, do contexto da Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de abril de 2001, em conjugação com a Diretiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de março de 2000, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu

<sup>119</sup> Acórdão *Banka Slovenije*, parágrafo 47.

<sup>120</sup> *Idem*, parágrafo 48.

<sup>121</sup> Importa sublinhar que, ainda que a Advogada-geral utilize indiscriminadamente, nas suas Conclusões, as expressões “resolução” e “saneamento”, o TJUE não estabelece este paralelismo, referindo-se ao longo do acórdão somente a medidas de saneamento, na aceção da Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de abril de 2001.

<sup>122</sup> Conclusões da Advogada-geral Juliane Kokott de 31 de março de 2022, *Banka Slovenije*, Processo C-45/21, ECLI:EU:C:2022:241, parágrafos 101-105.

<sup>123</sup> *Idem*, parágrafo 106.

<sup>124</sup> Acórdão *Banka Slovenije*, parágrafo 49.

<sup>125</sup> *Idem*, parágrafo 50.

exercício, que os Estados-Membros dispunham da faculdade de escolher a autoridade competente para determinar a aplicação de medidas de saneamento, autoridade essa que “não era necessariamente, naquela data, o banco central do Estado-Membro em causa”<sup>126</sup>.

### 3.3.2 A responsabilidade dos BCNs no âmbito da aplicação de medidas de saneamento à luz da proibição de financiamento monetário

O TJUE começou por considerar, na resposta à primeira questão prejudicial, a compatibilidade do **primeiro regime de responsabilidade** previsto pela lei eslovena com o Direito da União e, em particular, com a proibição de financiamento monetário<sup>127</sup>.

Tendo considerado as atribuições dos BCNs no contexto do SEBC, enumeradas no artigo 127.º, n.º 2, do TFUE, o TJUE sublinhou que, de acordo com disposto no artigo 14.º-4 dos Estatutos, os BCNs podem ainda exercer outras funções, além das referidas nos Estatutos, exceto quando o Conselho do BCE decida que essas funções interferem com os objetivos e atribuições do SEBC. Nesses casos, cabe aos BCNs a responsabilidade e o risco pelo exercício dessas funções, que não são consideradas funções do SEBC<sup>128</sup>.

O TJUE considerou, de seguida, que, limitando-se os Estatutos a enunciar, no artigo 35.º-3, que os BCNs estão sujeitos aos regimes de responsabilidade previstos nas respetivas legislações nacionais, daí decorre que “incumbe ao Estado-Membro em causa definir os requisitos da responsabilidade do seu banco central nacional em razão da aplicação, por este, de uma medida de saneamento, na aceção da Diretiva 2001/24/CE, no caso de esse Estado-Membro ter decidido (...) designar esse banco central como autoridade competente para executar a referida medida”<sup>129</sup>.

No exercício desta competência, os Estados-Membros estão, porém, obrigados a respeitar as obrigações decorrentes do Direito da União, em particular, as constantes dos artigos 123.º do TFUE e 21.º-1 dos Estatutos<sup>130</sup>.

O artigo 123.º do TFUE, bem como o artigo 21.º-1 dos Estatutos, proíbem a concessão de créditos sob a forma de descobertos ou sob qualquer outra forma pelo BCE ou pelos BCNs em benefício de instituições, órgãos ou organismos da União, governos centrais, autoridades regionais, locais, ou outras autoridades públicas, outros organismos do setor público ou empresas públicas dos Estados-Membros, bem como a compra direta de títulos de dívida a essas entidades, pelo BCE ou pelos BCNs.

A este respeito, o TJUE começou por concluir que a responsabilidade de um BCN, a efetivar por via de recursos próprios, no quadro do exercício de uma função que lhe foi atribuída pelo direito

<sup>126</sup> *Idem*, parágrafo 51.

<sup>127</sup> Recordamos que as referidas alterações legislativas estabelecem que o Banco Central da Eslovénia pode ser responsabilizado por danos causados pelo cancelamento de determinados instrumentos financeiros no âmbito de dois regimes distintos e alternativos. O designado “primeiro regime” de responsabilidade determina que pode, em princípio, haver lugar a responsabilidade quando se demonstre que o cancelamento de um instrumento não constitui uma medida necessária para evitar a insolvência do banco em causa e assegurar a estabilidade do sistema financeiro ou que foi violado o princípio segundo o qual nenhum credor pode ser mais desfavorecido do que seria em caso de insolvência (princípio NCWO). Nestes casos, nos termos da lei, só pode haver lugar à referida responsabilidade se o Banco Central da Eslovénia não demonstrar que ele próprio ou que as pessoas a quem conferiu legitimidade para agir em seu nome agiram com a devida diligência, tendo em conta o facto de esse cancelamento ocorrer nas circunstâncias específicas de uma situação de crise que exige uma rápida apreciação de questões complexas (note-se, pois, que a legislação eslovena exige apenas que se verifique uma violação do dever de diligência, independentemente da gravidade da mesma, sendo que o ónus da prova relativo ao cumprimento deste dever recai sobre o banco central e não sobre os recorrentes).

<sup>128</sup> *Idem*, parágrafos 53-54.

<sup>129</sup> *Idem*, parágrafos 55-56.

<sup>130</sup> *Idem*, parágrafos 57-59.

nacional, “não pode manifestamente ser qualificada de compra direta de títulos de dívida de um organismo público”<sup>131</sup>, uma vez que a legislação em causa “não implica que seja constituído, por um banco central nacional, um saldo de conta devedor a favor do setor público”, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea a, do Regulamento (CE) n.º 3603/93, que especifica as definições necessárias à aplicação da proibição de financiamento monetário<sup>132</sup>.

Ainda assim, considerando que o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), do mesmo Regulamento, define o conceito de “créditos sob qualquer outra forma”, entre outros, como referindo-se a qualquer financiamento de obrigações do setor público em relação a terceiros, o TJUE constatou que “não se pode excluir que a referida responsabilidade possa ser entendida no sentido de que implica o financiamento de uma obrigação do setor público em relação a terceiros”, na aceção deste Regulamento, “na medida em que a mesma leva o banco central nacional em causa a assumir obrigações em relação a terceiros que poderiam eventualmente recair sobre o setor público”<sup>133</sup>.

A este respeito, o TJUE excluiu, no entanto, que a responsabilidade constitua “em todas as circunstâncias, um financiamento de uma obrigação do setor público em relação a pessoas relativamente às quais a mesma responsabilidade é desencadeada”, uma vez que, estando a possibilidade de os BCN exercerem outras funções além daquelas que competem ao SEBC expressamente prevista pelos artigos 14.º-4 e 35.º-3 dos Estatutos, a mera existência de responsabilidade pelo exercício das funções nacionais em questão não será incompatível com o artigo 123.º do TFUE<sup>134</sup>.

O TJUE acrescentou que o facto de um BCN poder ser responsabilizado, no âmbito de uma função que lhe foi atribuída pelo direito nacional e não abrangida pelo SEBC, pela violação das regras que lhe são impostas nesse âmbito “constitui a consequência da atuação do referido banco central, e não a assunção de uma obrigação preexistente em relação a terceiros que recai sobre as outras autoridades públicas”<sup>135</sup>.

O TJUE, concluiu, por isso, que “um regime em que existe responsabilidade de um banco central nacional quando este ou as pessoas a quem conferiu legitimidade para agir em seu nome não cumpriram o dever de diligência que lhes era imposto pelo direito nacional, no exercício de uma função atribuída a esse banco central pelo referido direito, não pode, em princípio, ser entendido no sentido de que implica um financiamento de obrigações do setor público em relação a terceiros”<sup>136</sup>.

No entanto, e este é um ponto crítico do acórdão, o TJUE considerou que, no âmbito da aplicação de medidas de saneamento, o regime da responsabilidade deve abranger apenas o desrespeito pelo dever de diligência que apresente um caráter grave (contrariamente à legislação nacional em causa que previa que a responsabilidade do BCN poderia operar com base no mero incumprimento do dever de diligência, independentemente, pois, da sua gravidade).

Segundo o TJUE, tendo em conta o elevado grau de complexidade e de urgência que caracteriza a aplicação de medidas de saneamento, a responsabilidade do BCN pelo mero incumprimento do dever de diligência, independentemente da sua gravidade, faria “recair sobre esse banco central o essencial dos riscos financeiros inerentes a essa execução e, por conseguinte, imporia

<sup>131</sup> *Idem*, parágrafo 61.

<sup>132</sup> *Idem*, parágrafos 62-64.

<sup>133</sup> *Idem*, parágrafos 65-67.

<sup>134</sup> *Idem*, parágrafos 68-70.

<sup>135</sup> *Idem*, parágrafo 71.

<sup>136</sup> *Idem*, parágrafo 74.

ao referido banco central, em violação da proibição do financiamento monetário, que assumisse, em vez das outras autoridades públicas do Estado-Membro em causa, o financiamento efetivo de obrigações em relação a terceiros suscetíveis de decorrer das opções de política económica efetuadas por essas autoridades públicas<sup>137</sup>.

No âmbito do regime de responsabilidade, o ónus da prova relativo ao respeito por este dever de diligência poderá recair sobre o BCN em causa “desde que esta repartição do ónus da prova preserve, em todo o caso, a possibilidade de esse banco central nacional se exonerar da sua responsabilidade, provando que não violou esse dever de forma grave”<sup>138</sup>.

Note-se que estas observações do TJUE versam sobre o primeiro regime de responsabilidade previsto pela lei eslovena, acima referido. Assim, estão aqui em causa dois tipos de ações, relativas a casos em que (i) o cancelamento não era considerado necessário para assegurar a estabilidade do sistema financeiro, e (ii) os anteriores titulares de instrumentos financeiros sofreram, devido ao referido cancelamento, perdas mais significativas do que as que teriam sofrido em caso de insolvência da instituição financeira em causa (NCWO).

Em ambos os casos o TJUE considera que só pode haver responsabilidade do BCN perante a violação grave do dever de diligência. A simples negligência não é suficiente para que haja a responsabilidade de um BCN nos casos acima mencionados, sob pena de violação do princípio da proibição do financiamento monetário<sup>139</sup>.

Note-se que a ligação da responsabilidade do BCN, no âmbito do mecanismo de NCWO, à existência de uma violação grave do dever de diligência, no exercício de funções complexas e que requerem atuações urgentes por parte das autoridades públicas, poderá não ser muito clara ou óbvia, já que o princípio do NCWO — à luz do regime europeu e nacional de resolução (artigo 75.º da BRRD e artigo 145.º-H, n.º 16, do RGICSF) — opera relativamente a atos lícitos das autoridades públicas, não estando, com efeito, em causa, nestes casos, a ilegalidade das medidas<sup>140</sup>. Uma vez que o TJUE apenas admite a possibilidade de os BCN serem responsáveis relativamente a ações praticadas em violação grave do dever de diligência, reduz-se muito claramente a possibilidade do BCN poder ser responsável pelo pagamento de indemnizações no contexto do NCWO.

Esta conclusão não significa, naturalmente, que o instituto do NCWO não deixe de ser aplicável nos termos da lei com vista à proteção dos interesses dos anteriores detentores de instrumentos financeiros cancelados. Simplesmente, compete, à luz deste acórdão, às autoridades eslovenas, reenquadrar institucionalmente as responsabilidades públicas relativas a ações de NCWO.

De seguida, o TJUE apreciou o **segundo regime de responsabilidade** previsto na referida legislação nacional, que, recorde-se, dispunha que as pessoas singulares que eram anteriormente titulares de um instrumento financeiro cancelado e cujos rendimentos anuais são inferiores a um determinado limite poderiam obter do Banco Central da Eslovénia o pagamento de uma

<sup>137</sup> *Idem*, parágrafo 75.

<sup>138</sup> *Idem*, parágrafo 76.

<sup>139</sup> É de notar, aqui, que, no ordenamento jurídico português, o artigo 7.º, n.º 1, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro) estabelece como *standard* para a responsabilidade do Estado e das entidades públicas a “culpa leve”. Prescreve o citado artigo que “o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício”. Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, a lei estabelece a presunção de existência de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos (artigo 10.º, n.º 2).

<sup>140</sup> Poderá ainda atender-se a que o enquadramento europeu da resolução, de acordo com o referido artigo 75.º da BRRD, imputa eventuais custos decorrentes de ações de NCWO aos mecanismos de financiamento de resolução, e não aos bancos centrais, o que bem se compreende, precisamente, pela dimensão de responsabilidade por ato ilícito que está aqui envolvida.

indenização de montante equivalente a 80% do preço pago na compra desse instrumento financeiro, até um montante máximo de 20.000 euros. Para tal, essas pessoas deveriam ser pessoas singulares com um rendimento anual inferior a um limite definido por essa legislação e, por outro, deveriam ter renunciado à obtenção de uma indenização desses danos através de outra via de recurso<sup>141</sup>.

Este regime implicava, assim, a obrigação, para o BCN em causa, de indemnizar alguns anteriores titulares de instrumentos financeiros cancelados, mesmo que se demonstrasse que aquele cumpriu plenamente as regras que lhe são impostas a este respeito, agindo com diligência<sup>142</sup>.

A este respeito, o TJUE considerou que, embora o legislador nacional, no respeito do Direito da União, possa garantir tal indenização “a fim de evitar que os efeitos das políticas levadas a cabo com o objetivo de garantir a estabilidade do sistema financeiro imponham um encargo excessivo às pessoas singulares com baixo rendimento”, esta obrigação tem a sua origem em escolhas políticas efetuadas pelo legislador, não estando em causa a forma como o banco central exerce as suas funções<sup>143</sup>. O TJUE concluiu, portanto, que esta obrigação levaria o BCN “a assumir, em vez das outras autoridades públicas do Estado-Membro em causa, o financiamento de obrigações que recaem sobre o setor público em aplicação da legislação nacional desse Estado-Membro”<sup>144</sup>, o que se mostra incompatível com o disposto no artigo 123.º, n.º 1, do TFUE.

### 3.3.3 A responsabilidade dos BCNs à luz do princípio da independência

O TJUE apreciou, depois, se o artigo 130.º do TFUE e o artigo 7.º dos Estatutos obstam a que se imponha a um BCN o pagamento de indemnizações por danos sofridos na sequência do exercício das suas competências legais num montante tal que seja suscetível de prejudicar a capacidade do referido Banco cumprir eficazmente as suas atribuições, e financiado, por ordem de prioridade, através (i) da afetação a reservas especiais da totalidade do lucro realizado pelo referido BCN a partir de uma determinada data, (ii) de uma dedução às reservas gerais do mesmo banco central que não pode exceder 50% dessas reservas, e (iii) de um empréstimo, acrescido de juros, junto do Estado-Membro<sup>145</sup>.

O TJUE começou por esclarecer que as considerações relativas ao financiamento da responsabilidade do BCN dizem apenas respeito ao primeiro regime de responsabilidade estabelecido pela lei eslovena, já que o TJUE declarou a segunda modalidade de responsabilidade prevista na legislação nacional incompatível com o Direito da União<sup>146</sup>.

O TJUE começou a este propósito por recordar que as disposições relevantes do TFUE visam garantir que o BCE e o SEBC têm condições para cumprir de modo independente as funções que lhes são confiadas<sup>147</sup>. O TJUE reconheceu que, ainda que o princípio da independência dos BCNs não se aplique necessariamente da mesma forma quando estes levem a cabo uma atribuição que incumbe ao SEBC ou quando exerçam uma função de âmbito nacional, as regras nacionais instituídas em matéria de responsabilidade “não podem, sem violar o artigo 130.º TFUE e o artigo 7.º dos Estatutos (...), colocar o banco central nacional em causa numa situação que

<sup>141</sup> Cf. título “I. Enquadramento da questão”.

<sup>142</sup> *Idem*, parágrafos 80-82.

<sup>143</sup> *Idem*, parágrafo 84.

<sup>144</sup> *Idem*, parágrafo 85.

<sup>145</sup> *Idem*, parágrafo 25.

<sup>146</sup> *Idem*, parágrafo 92.

<sup>147</sup> *Idem*, parágrafo 93.

comprometa, de alguma forma, a sua capacidade para cumprir de maneira independente uma atribuição abrangida pelo SEBC<sup>148</sup>.

O TJUE constatou, em particular, que “para assegurar a independência do BCE, os autores dos Tratados previram, nomeadamente, no artigo 282.º, n.º 3, terceiro período, TFUE, que este é independente na gestão das suas finanças<sup>149</sup>. Ora, por força do disposto no artigo 127.º, n.º 2, do TFUE, a definição e a execução da política monetária da União, incumbem, por intermédio do SEBC, ao BCE e aos BCNs, sendo que, para participar na execução da política monetária da União, “a constituição de reservas pelos bancos centrais nacionais afigura-se indispensável, nomeadamente para poder compensar eventuais perdas resultantes de operações de política monetária e financiar as operações de *open market* previstas no artigo 18.º dos Estatutos<sup>150</sup>.”

Portanto, entendeu o TJUE, que “uma dedução às reservas gerais de um banco central nacional, de um montante suscetível de afetar a sua capacidade de cumprir eficazmente as suas atribuições ao abrigo do SEBC, combinada com a incapacidade de reconstituir essas reservas autonomamente, devido a uma afetação sistemática da totalidade dos seus lucros ao reembolso do prejuízo que causou, é suscetível de colocar esse banco central numa situação de dependência em relação às autoridades políticas do Estado-Membro a que pertence<sup>151</sup>, podendo aquele ver-se obrigado a solicitar o acordo das autoridades políticas desse Estado-Membro para obter um financiamento ou uma recapitalização<sup>152</sup>. O mesmo aconteceria, naturalmente, em face da obrigação legal de contração de um empréstimo junto das autoridades do Estado-Membro<sup>153</sup>.”

O TJUE concluiu, assim, que a referida legislação nacional colocava o BCN “numa situação na qual está potencialmente exposto a pressões políticas, enquanto o artigo 130.º TFUE e o artigo 7.º do Protocolo (...) visam, pelo contrário, preservar o SEBC de todas as pressões políticas a fim de lhe permitir prosseguir eficazmente os objetivos associados às suas atribuições (...)”, não sendo, por essas razões, a referida legislação nacional compatível com aquelas disposições<sup>154</sup>.

Pelo contrário, a legislação nacional já seria compatível com aquelas disposições europeias se o Estado-Membro tivesse garantido previamente que esse banco central dispunha dos fundos necessários para poder pagar as indemnizações decorrentes do regime em questão, “conservando ao mesmo tempo a sua capacidade para cumprir eficazmente e com total independência as suas atribuições abrangidas pelo SEBC<sup>155</sup>.”

### 3.4 Reflexões finais

O acórdão do TJUE acima considerado veio definir limites à possibilidade de os Estados-Membros imporem aos BCNs regimes de responsabilidade pelo exercício de funções públicas, à luz do princípio da proibição de financiamento monetário e do princípio da independência. Nesse sentido, saúda-se a decisão do TJUE, que protege, no essencial, e de um modo genericamente equilibrado, os BCNs, que são, muitas vezes, chamados a exercer funções públicas de relevo que não se enquadram nas

<sup>148</sup> *Idem*, parágrafos 95-97.

<sup>149</sup> *Idem*, parágrafo 98.

<sup>150</sup> *Idem*, parágrafos 99-100.

<sup>151</sup> *Idem*, parágrafo 101.

<sup>152</sup> *Idem*, parágrafo 102.

<sup>153</sup> *Idem*, parágrafo 103.

<sup>154</sup> *Idem*, parágrafos 104 e 106.

<sup>155</sup> *Idem*, parágrafo 105.

atribuições estritas do SEBC, embora possam ter, como acontecia no contexto do presente caso, ligações relevantes com o exercício dessas mesmas funções.

O que esteve em causa no Processo *Banka Slovenije* não foi, de modo algum, a legitimidade da atribuição aos BCNs de funções de âmbito nacional que vão além das atribuições do SEBC. O TJUE situou, e bem, essas decisões (prévias) dos Estados Membros no âmbito do artigo 14.º-4 dos Estatutos, que permite, precisamente, à partida, que os BCNs possam exercer outras funções a nível nacional, como de resto é prática comum a nível europeu.

Paralelamente, os Estados Membros podem definir as regras relativas à responsabilidade dos BCNs quando o exercício dessas funções de âmbito nacional lhes sejam confiadas. Porém, e aqui pode encontrar-se, porventura, a parte mais impressiva do acórdão, a liberdade de atuação dos Estados Membros neste domínio está limitada pelo artigo 123.º (princípio da proibição do financiamento monetário) e pelo artigo 130.º (princípio da independência de banco central) do TFUE.

No que diz respeito ao artigo 123.º TFUE, destaca-se a conclusão do TJUE de que, no quadro do exercício de funções particularmente complexas e que exigem a tomada de decisões urgentes, como as que estavam em causa no Processo em questão, um BCN só pode ser considerado responsável (e assumir as consequências dessa mesma responsabilidade jurídica) perante uma violação grave do dever de diligência por si cometida, ou por parte de pessoas que atuam em nome deste. Esta é uma exigência relevante, aplicando-se a funções que os BCNs podem exercer e, aliás, que atualmente exercem, como é, por exemplo, o caso das funções de resolução bancária.

Já o pagamento de indemnizações que não têm origem na legalidade da atuação do BCN, mas que se prendem com compensações que obedecem a critérios do foro político ou social, não pode, manifestamente, em caso algum, ser colocado na órbita dos BCNs, sob pena de estes estarem, por essa via, a financiar obrigações do Estado, o que não se afigura compatível com o referido artigo 123.º do TFUE.

Face à decisão do TJUE no presente Processo, competirá, naturalmente, às autoridades eslovenas encontrar e aprovar as soluções adequadas para dar cumprimento às orientações definidas pelo TJUE. Para já, o Tribunal Constitucional da Eslovénia decidiu de acordo com o TJUE, revogando, na totalidade, a lei que assegurava a tutela dos interesses dos anteriores titulares dos instrumentos cancelados<sup>156</sup>.

Note-se que as conclusões do TJUE, a propósito da proibição do financiamento monetário, não devem ser lidas como reduzindo as responsabilidades públicas (independentemente do regime concreto em questão) no exercício de funções particularmente complexas ou urgentes. Simplesmente, compete às autoridades nacionais eslovenas, à luz da pronúncia do TJUE, reenquadrar institucionalmente as responsabilidades em causa.

As conclusões do TJUE, que se dirigem diretamente ao caso concreto em análise neste Processo, poderão, igualmente, ter impactos mais abrangentes, isto é, noutras jurisdições. Sem prejuízo, considerando o contexto geral do acórdão, poderá ser precipitado concluir, sem uma análise mais aprofundada, que é, desde logo, incompatível com o artigo 123.º do TFUE qualquer regime nacional de responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas que não imponha como condição para a responsabilidade do BCN a violação grave do dever de diligência no exercício de funções particularmente complexas e que exigem atuações urgentes. A nosso ver, a análise da compatibilidade de outras legislações nacionais com o direito europeu neste domínio deveria atender, de igual modo, ao contexto específico da legislação em causa, ao

<sup>156</sup> <https://www.bsi.si/en/media/2006/act-on-judicial-relief-granted-to-holders-of-qualified-bank-credit-constitutional-court-decision>.

enquadramento constitucional da questão, e, ainda, possivelmente, à jurisprudência dos tribunais nacionais, que poderá ela própria modelar os termos em que as autoridades públicas podem ser consideradas responsáveis pelo exercício de funções particularmente complexas.

Na vertente do princípio da independência, o acórdão do TJUE constitui, igualmente, uma fonte importante de proteção para os BCNs, na medida em que resulta claro que os Estados Membros não podem, a pretexto da regulação dos regimes de responsabilidade dos BCNs pelo exercício de funções públicas de âmbito nacional, interferir com a capacidade de estes exercerem de forma eficaz as atribuições que lhes competem no âmbito do SEBC.

Face a este princípio geral, é certo que apenas a avaliação do caso concreto permitirá verificar se a referida função, e o modo como é exercida, coloca um BCN numa situação que compromete, de alguma forma, a sua capacidade para cumprir, de forma eficaz, as atribuições no âmbito do SEBC, como sucedeu no caso do Banco Central da Eslovénia. De todo o modo, as considerações gerais que o TJUE teceu no presente Processo, a propósito do princípio da independência, definem importantes parâmetros que terão de ser respeitados pelos Estados-Membros.