

02

CADERNOS
JURÍDICOS



BANCO DE
PORTUGAL
EUROSISTEMA

2

CADERNOS JURÍDICOS

NOVEMBRO 2020

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, 2020 • www.bportugal.pt

Nota de Abertura

No seguimento do lançamento dos *Cadernos Jurídicos do Banco de Portugal*, no segundo semestre de 2019 e por ocasião da organização do Seminário Jurídico dedicado à reforma da área do euro, o presente número vem reiterar – e reforçar – o compromisso do Banco de Portugal de promover a difusão de estudos jurídicos em matérias atinentes às atribuições que lhe estão legalmente confiadas.

Neste contexto, reafirma-se a intenção de divulgar tanto o pensamento jurídico produzido no Banco de Portugal como os contributos provenientes de autores e entidades externas ao Banco cuja investigação incida sobre áreas, designadamente, como a regulação e supervisão bancárias, a resolução e liquidação de instituições, o enquadramento legal e regulamentar no espaço da União Europeia e o funcionamento do Eurosistema/Sistema Europeu de Bancos Centrais, entre outras.

Em linha com a assumida ambição de veicular, através dos *Cadernos*, a investigação jurídica proveniente de fontes diversas e em formatos abrangentes, o presente número inclui a publicação de um parecer jurídico, de um artigo científico e de uma decisão judicial proferida por um tribunal estrangeiro, reflexo do contexto internacional em que se suscitam muitas das questões jurídicas que conformam o quotidiano do banco central, também enquanto supervisor ou autoridade nacional de resolução, por exemplo.

O parecer jurídico, elaborado pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais, debruça-se sobre a temática da resolução do Banco Espírito Santo, S.A. (BES), com especial enfoque na vertente da constitucionalidade da medida de resolução aplicada àquela instituição de crédito pelo Banco de Portugal e do regime legal em vigor à data. Segue-se o artigo da autoria da Professora Doutora Isabel Alexandre que aborda as imunidades de jurisdição da União Europeia perante os tribunais dos Estados Membros, assinalando uma situação particularmente relevante (e atual) que, nesta matéria, aguarda pronúncia do Tribunal de Justiça da União Europeia em sede de reenvio prejudicial. O presente número termina com um apontamento jurisprudencial – secção que se pretende manter nos futuros números dos *Cadernos* – concretizado na divulgação da decisão proferida pelo *Supreme Court* Britânico, chamado a pronunciar-se sobre matéria de jurisdição suscitada no âmbito de um processo judicial relativo à resolução do BES.

Termina-se esta breve nota com os votos de boas leituras e o desafio de captar o interesse, se não mesmo a participação, de todos quanto nutrem o gosto pela investigação científica e pela análise de questões jurídicas suscitadas em áreas conexas com as atribuições do Banco de Portugal.

Luís Máximo dos Santos

Vice-Governador do Banco de Portugal

1 A deliberação do Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014 (Resolução do Banco Espírito Santo)

Jorge Reis Novais^{1,2}

This legal opinion provides an assessment of the compatibility between the Portuguese Constitution and several legal provisions of the Portuguese resolution legal framework and the specific deliberation of the Banco de Portugal, of 3 August 2014, that decided on the application of a resolution measure to Banco Espírito Santo, S.A. under said legal framework. The Author issues an opinion in favour of the legality of said resolution measure, as well as the resolution legal framework itself, both from a formal and institutional perspective and from a material perspective.

The legal questions addressed in this opinion benefit from the contextualisation provided by a presentation regarding resolution frameworks, addressing the reasons that led to its conception and the evolution of the Portuguese legal framework on the subject.

CONSULTA

O Banco de Portugal (“BdP”), enquanto autoridade de resolução, determinou, através de Deliberação de 3 de Agosto de 2014 (“Deliberação de Resolução”), a resolução do Banco Espírito Santo, SA (“BES”), na modalidade de transferência da sua atividade para um banco de transição (Novo Banco, SA), nos termos da alínea b) do artigo 145.º-C do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (“RGICSF”, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, alterado diversas vezes).

Foram suscitadas em vários processos judiciais instaurados contra a Deliberação de Resolução diferentes questões da inconstitucionalidade (material e orgânica, ao menos) desse quadro legal no qual o BdP fundou a sua actuação.

Com este enquadramento sumário, pretende-se obter parecer académico sobre as seguintes questões:

- a) O Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, que alterou os artigos 145.º-B, 145.º-F, 145.º-H, 145.º-I, 153.º-M, 155.º e 211.º ao RGICSF, padece de inconstitucionalidade orgânica por violação das alíneas b) e l) do artigo 165.º/1 da Constituição da República Portuguesa (“CRP”)?

¹ Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Professor Associado da mesma Faculdade.

² O autor escreve segundo o antigo Acordo Ortográfico.

- b) Ao aditar o artigo 145.º-H, número 1, do RGICSF (norma que deverá ser lida à luz dos artigos 145.º-A e 145.º-B) sem ter supostamente densificado os critérios que devem presidir à selecção, pelo BdP, das responsabilidades que devam ou não ser transferidas na sequência da aplicação de uma medida de resolução, é o Decreto-Lei n.º 31-A/2012 inconstitucional por violar o princípio da reserva de lei parlamentar, por estar em causa legislação que incide sobre matéria de direitos fundamentais?
- c) O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que alterou o RGICSF, padece de inconstitucionalidade orgânica (ou de ilegalidade qualificada), em especial no que diz respeito ao n.ºs 2 e 3 do artigo 145.º-H, por alegadamente exceder o âmbito de autorização legislativa presente na Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro?
- d) A Lei n.º 58/2011 é inconstitucional por desrespeitar as exigências de densificação e de determinabilidade que devem estar presentes nas leis de autorização legislativa?
- e) Pelo facto de não prever um mecanismo indemnizatório para os acionistas na sequência da aplicação de uma medida de resolução, o RGICSF (ou, em especial, o artigo 145.º-I/4 do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, e mantido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto) viola o disposto no artigo 62.º/2 da CRP?
- f) Ao dispensar, no âmbito da resolução de uma instituição de crédito, um tratamento distinto aos interesses dos credores e aos dos accionistas do banco resolvido, o artigo 145.º-B do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, é inconstitucional por violação do princípio da igualdade e por não ter o carácter geral e abstrato que devem assumir as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias?
- g) Por não aplicar aos acionistas a cláusula de salvaguarda prevista para os credores na Directiva 2014/59/UE (cujo prazo de transposição para a legislação dos Estados-membros terminava a 31 de Dezembro de 2014), e sujeitando aqueles a um regime comparativamente mais gravoso, o artigo 145.º-B do RGICSF – introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, esclarecendo e adaptando o disposto na correspondente versão do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro – é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18.º/2 da CRP?
- h) Por terem surgido na sequência de uma “repentina”, e apenas parcial, transposição da referida directiva europeia – dando desse modo origem a um regime comparativamente mais gravoso para os accionistas do que para os credores –, os artigos 145.º-B, 145.º-F, 145.º-H, 145.º-I, 153.º-M, 155.º e 211.º do RGICSF, na versão do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, são inconstitucionais por violação dos princípios do Estado de Direito e da protecção da confiança?
- i) A Deliberação de Resolução é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, por alegadamente, o BdP poder e dever ter proferido uma medida de intervenção correctiva (em especial qualquer uma das medidas elencadas no artigo 141.º do RGICSF) menos danosa para o BES?

PARECER

As questões jurídicas suscitadas na consulta acima transcrita remetem, todas elas, para a eventual inconstitucionalidade orgânica e material de normas integrantes do Regime Geral das Instituições

de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) e que respeitam especificamente ao *regime de resolução* nele consagrado –normas constantes do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, e do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que introduziram alterações àquele Regime Geral, bem como da Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro, que autorizou algumas dessas alterações–, assim como para a eventual inconstitucionalidade material da Deliberação do Banco de Portugal de 3 de Agosto de 2014, isto é, a *Deliberação de Resolução* do Banco Espírito Santo, SA (BES), adoptada com fundamento naquele *regime de resolução*.

Assim sendo, importa, em primeiro lugar, contextualizar a introdução de um regime de resolução das instituições de crédito na ordem jurídica portuguesa e perspectivar, nesse contexto, as implicações jurídico-constitucionais que a existência de um tal regime suscita do ponto de vista da garantia dos direitos fundamentais, para, em seguida, responder sucessivamente a cada uma das questões colocadas pela consulta.

Com esse desígnio, estruturamos o presente Parecer de acordo com o seguinte Plano (dada a extensão do texto e por razões de facilidade de consulta, o Plano é apresentado como *índice*):

Consulta | 3

Parecer | 4

I O regime de resolução das instituições de crédito – o seu sentido e os problemas jurídico-constitucionais emergentes | 7

1 *Too big to fail*? | 8

2 Porquê não é o regime jurídico comum de insolvência apto a assegurar a liquidação controlada de uma instituição de crédito de relevância sistémica? | 11

3 A adopção dos novos regimes de resolução | 14

4 O regime português | 17

4.1 O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro | 17

4.2 A Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, e a sua transposição para o Direito português | 19

4.2.1 O Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto | 20

5 Regime de resolução das instituições de crédito e restrição de direitos fundamentais | 20

5.1 As dúvidas sobre a constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais actuadas pelo novo regime de resolução | 23

5.1.1 A justificação das restrições | 23

5.1.2 A compensação dos afectados: "*no creditor worse off*" | 25

II Resposta às concretas questões de constitucionalidade suscitadas na consulta | 31

1 Dúvidas sobre inconstitucionalidades orgânico-formais no regime de resolução | 32

1.1 Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto: eventual violação da reserva relativa de competência da Assembleia da República delimitada nas alíneas b) e l) do artigo 165.º/1 da Constituição da República Portuguesa | 32

1.1.1 O sentido, extensão e alcance das alterações introduzidas no RGICSF pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto | 35

1.1.2 A eventual violação da reserva do artigo 165º, nº 1, alínea b) | 39

1.1.3	A eventual violação da reserva do artigo 165º, nº 1, alínea l)	44
1.1.4	Conclusão	45
1.2	Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro	46
1.2.1	Eventual violação da reserva de lei por falta de determinabilidade e densidade de regulação em domínio de direitos fundamentais	46
1.2.2	Eventual desconformidade com a lei de autorização legislativa	51
1.3	Inconstitucionalidade da Lei nº 58/2011, de 28 de Novembro: eventual incumprimento das exigências do artigo 165º, nº 2, da Constituição	55
2	Dúvidas sobre inconstitucionalidades materiais no regime de resolução	57
2.1	Violação da garantia do direito de propriedade constante do artigo 62º, nº 2, da Constituição	57
2.2	Violação do princípio da igualdade e da garantia de generalidade e de abstracção das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias	66
2.2.1	A eventual violação da garantia constitucional da generalidade e da abstracção das normas restritivas de direitos fundamentais	68
2.2.2	A eventual violação do princípio da igualdade	69
2.3	Violação do princípio da proporcionalidade	76
2.3.1	A estrutura do controlo de constitucionalidade relativo à observância do princípio da proibição do excesso	76
2.3.2	A eventual violação das exigências da proporcionalidade pelo regime de resolução em vigor	78
2.4	Violação do princípio da protecção da confiança	88
3	Inconstitucionalidade da Deliberação do Banco de Portugal de 3 de Agosto de 2014	90

I O REGIME DE RESOLUÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO – O SEU SENTIDO E OS PROBLEMAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS EMERGENTES

A primeira nota relevante que é necessário ter em conta quando apreciamos o regime de resolução das instituições de crédito ao abrigo do qual foi emanada a Deliberação de Resolução do Banco Espírito Santo, SA (BES) é a de que esse regime não constitui uma qualquer especificidade portuguesa.

Ao invés, podemos dizer que praticamente todos os Estados de Direito dos países mais desenvolvidos adoptaram, nos últimos anos, regimes de resolução substancialmente convergentes, para além de que, na União Europeia, os Estados-membros que ainda não o haviam feito ficaram mesmo juridicamente vinculados a adoptá-los até final de 2014, no quadro da transposição da Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, ou seja, a Directiva que estabelece o enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e empresas de investimento (a chamada *BRRD*).

Mas, se é assim, se o regime de resolução cuja constitucionalidade vem contestada não traduz uma originalidade ou uma especificidade portuguesas, então haverá, em primeiro lugar, que tentar perceber o que levou os diferentes Estados desenvolvidos, governados segundo orientações políticas muito diversas, a adoptar o mesmo tipo de regimes e de medidas para lidar com as crises das instituições de crédito no nosso tempo, sobretudo depois dos anos 2007/2008. Só assim será possível perceber, o que terá inevitáveis consequências no plano da avaliação jurídico-constitucional, se a adopção de regimes jurídicos como o que Portugal aprovou em 2012 era verdadeiramente inevitável e se corresponde ou não a uma necessidade normativa de realização premente.

Por outro lado, sendo os regimes de resolução substancialmente afins, também o são os problemas de constitucionalidade normalmente suscitados, pelo que também a questão jurídico-constitucional envolvente não se configura como especificidade da ordem jurídica portuguesa.

Com efeito, com a adopção daqueles regimes de resolução das instituições de crédito, são invariavelmente suscitadas dúvidas sobre eventuais violações do direito de propriedade de accionistas e credores dessas instituições e ainda da liberdade de iniciativa económica privada, do direito de acesso à justiça e do direito a um julgamento equitativo. Ora, tais direitos fundamentais são comuns à generalidade das Constituições dos países desenvolvidos e também as eventuais violações normalmente a eles associadas, como as dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, respeitam a parâmetros de constitucionalidade expressa ou implicitamente acolhidos genericamente em todas as ordens jurídicas de Estado de Direito.

Acresce, no caso dos países europeus membros da União Europeia ou que ratificaram a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que, para além da necessária conformidade às respectivas Constituições nacionais, os regimes de resolução adoptados necessitam igualmente de ser conformes aos correspondentes direitos fundamentais acolhidos na carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e naquela Convenção.

Porém, apesar da convergência ou afinidade marcantes, tanto dos regimes nacionais de resolução quanto dos parâmetros jurídico-constitucionais e de Direito Internacional que os vinculam, não são conhecidas decisões judiciais que se pronunciem pela respectiva inconstitucionalidade e,

diversamente, são várias as situações de eventual afectação dos direitos fundamentais referidos que, tendo já sido apreciadas, se saldaram por decisões judiciais de não acolhimento.

Naturalmente, nenhuma dessas circunstâncias é impeditiva de uma necessária apreciação autónoma e incondicionada do problema no plano da ordem jurídica nacional, mas a tendência que se forma não deixa de ser impressiva. Em todo o caso, é precisamente porque as instâncias nacionais devem ter plena capacidade de decisão autónoma que importa proceder a uma análise não pré-condicionada das questões jurídicas envolventes, sem prejuízo, como dissemos, da necessidade de contextualizar o surgimento da necessidade de adopção, por parte da generalidade dos Estados de Direito dos países desenvolvidos, de regimes de resolução das instituições de crédito substancialmente afins. É o que se faz a seguir.

1 *Too big to fail?*

- a) Perante a crise do *subprime*, que afectou inicialmente instituições financeiras nos Estados Unidos em 2007/2008 e depois alastrou aos restantes países desenvolvidos, e uma vez que a experiência americana do *Lehman Brothers* demonstrara já ser extremamente perigoso, pelo risco de contágio sistémico, deixar desenrolar livremente o processo de falência de uma instituição de crédito importante sem intervenção pública, os Estados passaram a optar, preferencialmente, pelo *resgate* das instituições na iminência de falência. De uma forma geral, e em ordem a salvaguardar a estabilidade financeira e prevenir o risco de contágio sistémico, procederam a injecções massivas de dinheiro dos contribuintes para salvar as instituições em crise ou optaram mesmo pela sua nacionalização.

Nada fazer e deixar decorrer os processos de falência sem qualquer interferência política geraria, com a maior probabilidade, e com o assinalado risco de contágio, consequências devastadoras na economia e na sociedade. Desde logo, existia o risco de uma elevada probabilidade de ruptura na continuidade de prestação das funções críticas de *quase serviço público*³ desempenhadas pelas instituições bancárias: tomada de depósitos, prestação de crédito, garantia da liquidez das instituições financeiras e não financeiras, financiamento das infra-estruturas da vida económica e processamento das operações de pagamento. Não deixaria, ainda, de ser posta em causa a função dos bancos como verdadeiro *elo de transmissão* da política monetária à economia⁴.

- b) De facto, a não ser que a liquidação de uma instituição particular seja susceptível de ser contida segundo uma estratégia de redução insularizada dos danos –o que é altamente improvável numa sociedade marcada por profunda interconexão das instituições financeiras– o risco de contágio e de transformação de uma crise pontual em crise de todo o sistema é sempre enorme, como consequência inevitável tanto da natureza do negócio quanto das condições do seu funcionamento no nosso tempo.

Por definição, o negócio bancário assenta na gestão crítica da discrepância estrutural de maturidades entre depósitos tomados a curto prazo e créditos concedidos a longo termo. É

³ Cf. Eva Hüpkens, "Insolvency – why a special regime for banks?", in *Current Developments in Monetary and Financial Law*, n.º 3, 2005, pág. 472.

⁴ Cf. Eva Hüpkens, "Insolvency – why a special regime for banks?", cit., págs. 472 e segs; M. Cihák/E. Nier, "The need for special resolution regimes for financial institutions – the case of the European Union" in *Harvard Business Law Review*, 2012, 2, págs. 397 e segs.

essa discrepância que proporciona uma rentabilidade significativa, mas ela constitui também, simultaneamente, fonte de um risco estrutural permanente, já que ameaça desmoronar abruptamente e com estrondo se lhe faltar, por qualquer razão, a confiança de quem espera poder recuperar a qualquer momento os montantes depositados.

Mas como quem confia na possibilidade de recuperar os montantes depositados não tem, em geral, possibilidades ou capacidade para avaliar a solidez e a situação real da complexa situação financeira da instituição, a confiança depende essencialmente de uma percepção publicamente construída a partir de impressões frágeis e de sintomas incertos, mas de propagação potenciada pela massificação da comunicação numa época de globalização⁵.

Logo, qualquer sinal de instabilidade pode detonar uma *corrida aos bancos* que ameace, em cadeia, a solidez de todo o sistema, sobretudo quando o que está em causa é a percepção de uma iminente falência de uma instituição de crédito importante. A *corrida* desencadeada por um *pico* de desconfiança gera, conseqüentemente, uma depreciação significativa e em espiral de valor económico motivada pela busca precipitada de liquidez por parte das instituições imediatamente afectadas e todo o processo desenvolvido em cadeia pode ficar rapidamente descontrolado, incluindo no plano transfronteiriço⁶. A confiança converte-se, assim, no principal activo de cada instituição, mas também do sistema bancário no seu conjunto⁷.

Daí que, para salvaguardar a estabilidade financeira, a alternativa a uma falência de efeitos insuportavelmente destrutivos tivesse passado a ser, para os poderes públicos da generalidade dos países desenvolvidos, o resgate ou a nacionalização dos bancos em risco de solvabilidade, segundo a lógica aparentemente insuperável de que, face aos riscos de contágio sistémico referidos, uma instituição de crédito importante não poderia ser deixada *cair*. As instituições de crédito seriam *too big to fail*⁸.

- c) Porém, se o livre desenrolar das falências – como ocorreu numa instituição que nem sequer tomava depósitos, como o *Lehman Brother* – produz impactos sistémicos de relevo, o recurso aos dinheiros públicos para *salvar* as instituições em risco de insolvência gera duas conseqüências política e socialmente inaceitáveis.

De um lado, os Estados consomem somas avassaladoras nesses processos de resgate público, arriscando transformar a crise de instituições financeiras privadas em crise de dívida soberana. Por outro lado, gestores, directores e accionistas dessas instituições são levados a concluir que quanto mais elevados forem os montantes em jogo, mais seguros ficam de que os Estados, avaliando objectivamente prós e contras de uma eventual falência, não os deixarão *cair* e intervirão inevitavelmente em seu apoio com recurso a dinheiro dos contribuintes.

Assim, na prática, os accionistas não têm qualquer estímulo em controlar e conter as actuações negligentes e irresponsáveis das administrações, antes caucionando e incentivando o incremento do *risco moral* reflectido em anos de gestão aventureira, na medida em que

⁵ Como assinala E. Hüpkes (loc. cit., pág. 473), um *mau banco* pode funcionar pacificamente durante anos, sem qualquer comoção pública, enquanto que um banco sólido pode ver-se a braços com uma crise de confiança insuperável, ainda que desencadeada por sinais e percepções públicas sem fundamento real.

⁶ Cf. E. Hüpkes, loc. cit.; J. Carmassi/E. Luchetti/S. Micossi, "Overcoming too-big-to-fail – a regulatory framework to limit moral hazard and free riding in the financial sector", *Report of the CEPS-Assonime task force*, Brussels, 2010, pág. 8.

⁷ Cf. E. Hüpkes, loc. cit., págs. 473 e segs; B. Attinger, "Crisis Management and Bank Resolution – Quo Vadis Europe?", *ECB, Legal Working Paper Series*, n.º 13, 2011, págs. 7 e segs.

⁸ Cf. J. Carmassi/E. Luchetti/S. Micossi, "Overcoming too-big-to-fail ..., cit., págs. 37 e segs; M. Cihák/E. Nier, "The need for special resolution regimes...", cit.

aproveitam enormemente do acréscimo insustentado de lucros e acreditam que beneficiarão indirectamente do apoio público se e quando as coisas correrem mal⁹.

Então, o chamado *risco moral*, que é de algum modo inerente à actividade bancária –já que, por definição, lidando e investindo com o *dinheiro dos outros*, há a tendência para se assumirem riscos maiores do que ocorreria se se tratasse do dinheiros dos próprios– e que já era significativamente estimulado pela existência de uma garantia pública dos depósitos, foi extraordinariamente potenciado pela assunção do *too big to fail* como verdadeiro dogma¹⁰.

Quanto mais importante for a instituição de crédito e maior for a sua influência na vida económica de um país, ou seja, no fundo, quanto mais crescer –o que leva à progressiva assunção de riscos e generalização de condutas concorrenciais irresponsáveis–, mais segura estará a sua administração e, no mesmo sentido, os seus accionistas, de que será forçosamente resgatada pelos dinheiros públicos quando se encontrar na iminência de falência ou tão somente em situação de dificuldade.

- d) Contudo, a convicção de que quando uma instituição financeira é *too big to fail* é inevitável o apoio estatal, conduzindo as respectivas administrações a assumirem riscos e investimentos geradores de significativos lucros imediatos que aproveitam aos accionistas, certos de que as consequências negativas de uma tal gestão recairão inevitavelmente sobre os contribuintes, transforma estes últimos em vítimas num duplo sentido: porque sofrem as consequências das políticas de austeridade que procuram responder à crise das dívidas soberanas e porque é sobre eles que recai o esforço financeiro que gera as receitas dos impostos utilizados no resgate das instituições de crédito.

Donde a situação política e moralmente inaceitável que resulta do facto de os lucros significativos que estiveram na génese do descontrolo e da crise dos últimos anos terem revertido para o sector privado, e mais chocantemente, para quem directa ou indirectamente os provocou, enquanto que os custos da respectiva resolução recaíram sobre o sector público e, indirectamente, sobre os contribuintes.

Não obstante, invariavelmente, quando os poderes públicos avaliam as consequências catastróficas geradas pela *queda* de uma grande instituição financeira (o *too big* não se refere tanto ao tamanho em si mesmo considerado quanto à relevância da respectiva interconexão com as restantes instituições financeiras, medido pelo impacto que a sua falência produziria em instituições mais frágeis e no conjunto da economia¹¹), o referido *risco sistémico* e a iminência de uma crise desencadeada por uma quebra de confiança pública geradora de uma *corrida* descontrolada aos bancos são de tal forma impressionantes e realistas que se descarta imediatamente a hipótese de, simplesmente, *deixar cair* uma tal instituição. Por maiores que sejam os inconvenientes das soluções alternativas, nada supera o pavor de uma crise financeira generalizada e incontrolável.

⁹ É conhecido o episódio chocante do *Northern Rock*, quando a sua administração propôs uma significativa distribuição de dividendos no preciso momento em que recebia montantes significativos de ajuda pública do Banco de Inglaterra. Cf. M. Cihák/E. Nier, "The need for special resolution regimes...", cit., pág. 400.

¹⁰ Cf. David C. Parker, *Closing a Failed Bank – Resolution Practices and Procedures*, IMF, 2010, pág. 1.

¹¹ Cf. John Armour, "Making bank resolution credible" in Moloney/Ferran/Payne (eds.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, 2015, págs. 455 e segs.

A convicção de que uma instituição de crédito de relevância sistémica é *too big to fail* gera, dessa forma, qual *espada de Dâmocles*¹², um *círculo vicioso* que só pôde ser rompido quando foi atacado no seu cerne, ou seja, quando os poderes públicos foram objectivamente levados a concluir que, por mais importante que seja, um banco pode e deve *cair*, como qualquer outra empresa; o importante, do ponto de vista do interesse público, aquilo que deve ser salvaguardado, não é o banco em si, mas a actividade que ele desenvolve¹³.

- e) Ou seja, se um banco insolvente puder ser liquidado, *salvando-se*, simultaneamente, o dinheiro dos depositantes e assegurando-se a continuidade das funções de *quase* serviço público que ele desenvolve, o que significaria que a confiança do público não seria decisivamente afectada e o risco de contágio sistémico permaneceria controlado, o estrangulamento provocado pelo referido *círculo* começará a ser aliviado.

No entanto, uma estratégia desse tipo só pode ter sucesso se, em última análise, as funções críticas desempenhadas por uma instituição de crédito puderem ser efectivamente mantidas e garantidas e se, entretanto, a liquidação do banco em crise não desencadear um efeito de contágio sistémico que afecte todo o sistema financeiro no seu conjunto. Então, em segundo lugar, o *círculo* só pode ser efectivamente quebrado se a liquidação do banco em causa não puser minimamente em causa a confiança pública no funcionamento das instituições de crédito no seu conjunto.

A dificuldade de resolução do problema de cuja magnitude o *too big to fail* procura dar conta resume-se, finalmente, a essa equação: como liquidar um banco de relevância sistémica caído em crise irreversível sem gerar um efeito de contágio induzido pela perda de confiança pública e mantendo a continuidade das funções críticas que ele até então assegurava na economia do país?

Por mais difícil que seja responder globalmente a essa questão, uma conclusão parcial é relativamente simples de ser retirada: os tradicionais regimes comuns de insolvência em vigor na generalidade dos países desenvolvidos não são resposta adequada. Vejamos porquê.

2 Porquê não é o regime jurídico comum de insolvência apto a assegurar a liquidação controlada de uma instituição de crédito de relevância sistémica?

- a) Sendo muito complexa a resposta à questão de qual a forma ideal de proceder à liquidação de uma instituição de crédito importante segundo procedimentos que salvaguardem os objectivos de interesse público atrás enunciados, há, pelo menos, uma delimitação negativa que pode ser pacífica e consensualmente estabelecida: o regime jurídico comum de insolvência, tradicionalmente institucionalizado na generalidade dos Estados de Direito, com algumas

¹² Cf. J. Carmassi/E. Luchetti/S. Micossi, "Overcoming too-big-to-fail ..., *cit.*, pág. 40.

¹³ Cf. David C. Parker, *loc. cit.*

diferenças entre si pouco significativas, não é a solução adequada ou, tão pouco, uma hipótese que mereça ser seriamente considerada para prosseguir aqueles objectivos.

Com efeito, quando uma instituição de crédito deixa de preencher as condições objectivas que lhe permitam o cumprimento das suas obrigações, a hipótese de proceder à respectiva liquidação segundo o regime comum aplicável à generalidade das empresas nessas mesmas circunstâncias apresenta o óbice insuperável de não acautelar nem o interesse público nem o interesse dos depositantes.

- b) Em primeiro lugar, o regime de insolvência centra-se exclusivamente na resolução do problema da empresa individualmente considerada e, nesse contexto, a preocupação principal subjacente a tal regime, bem como à actuação dos agentes administrativos e judiciais envolvidos, é a maximização dos interesses dos respectivos credores e não o interesse público. No fundo, o objectivo em vista é a liquidação da empresa de forma a satisfazer, tanto quanto possível, os créditos pendentes segundo uma ordem de prioridades pré-estabelecida ou, em alternativa, procura-se reestruturar a empresa em ordem a assegurar também o interesse dos credores, mas agora através da continuação da respectiva actividade.

Já no que se refere às instituições de crédito, a intervenção pública exigível não deve centrar-se no interesse particular dos credores da instituição em crise, mas no interesse público subjacente à necessária resolução do problema do risco da perda de confiança e do contágio sistémico. Centrando-se sobre os efeitos potencialmente produzidos no sistema financeiro no seu conjunto, o objectivo claramente preponderante da intervenção pública será, de um lado, a de assegurar a continuidade das funções críticas até então prestadas pela instituição em liquidação – e fazê-lo, tanto quanto possível, sem recorrer ao dinheiro dos contribuintes – e, de outro, a de preservar igualmente o interesse dos depositantes intimamente associado à manutenção da confiança no sistema bancário. No fundo, a liquidação da instituição em sentido estrito só deve ocorrer depois de estarem devidamente acautelados aqueles objectivos.

Então, enquanto que no regime comum de insolvência, para proteger o interesse dos credores no seu conjunto, se suspende a possibilidade de satisfação concreta e pontual dos créditos e pretensões individuais enquanto decorre a liquidação, uma tal suspensão geral de pagamentos significaria, no caso das instituições de crédito, a simples destruição da continuidade da actividade bancária, com as inevitáveis perda de confiança, efeito de contágio sistémico e consequente destruição de valor envolvida na espiral destrutiva incontrolável que se segue a uma *corrida aos bancos*.

- c) Em segundo lugar, perante uma situação de crise, o regime comum de insolvência só é desencadeado num momento tardio, quando já se estabeleceu a impossibilidade de cumprimento das obrigações por parte da empresa em falência ou o seu balanço já reflecte a insuficiência dos activos face ao passivo, ou seja, uma situação em que ela já terá perdido o essencial do seu valor económico.

Diferentemente, no caso das instituições de crédito, o interesse público só pode ser efectivamente acautelado se a intervenção ocorrer num momento precoce, quando, apesar de se acumularem dúvidas e desconfiança sobre a sustentabilidade da instituição e se tender a concluir pela inevitabilidade e/ou conveniência da liquidação, a actividade bancária ainda

decorre com aparente normalidade e o essencial das funções bancárias continuam a ser normalmente desempenhadas pela instituição em causa.

De facto, só antecipando-se a um desfecho que se percebe em desenvolvimento inelutável, mas antes do seu desenlace, é possível às autoridades administrativas responsáveis acautelar preventivamente a continuidade da actividade bancária até aí prosseguida pela instituição em falência, com manutenção da confiança pública e a garantia da estabilidade financeira, mesmo se essa instituição entra, então, em processo de liquidação.

- d) Em terceiro lugar, num processo regulado pelo regime comum de insolvência, a seguir àquele primeiro momento, identificam-se e liquidam-se os activos da empresa e contabilizam-se os respectivos montantes em ordem à satisfação possível dos interesses dos credores. E, ao longo desse processo, tudo se desenrola assegurando a participação dos credores sob o controlo e a supervisão judiciais, com garantias de acesso imediato à justiça por parte dos diferentes interessados. Inevitavelmente, crescendo ao momento tardio da intervenção inicial, as vicissitudes decorrentes daquela participação acabam por atrasar e arrastar indefinidamente o processo ao longo do tempo.

Ora, no que se refere à liquidação das instituições de crédito, os objectivos de interesse público assinalados só poderão ser efectivamente prosseguidos se, desde o primeiro momento, para além de atempada, a intervenção pública for expedita e imediata, mesmo fulminante, para o que, sem prejuízo das garantias de acesso posterior à justiça, o processo especial de liquidação deve ser de responsabilidade exclusiva das respectivas autoridades administrativas e deve poder desenvolver-se sem necessidade de obtenção de consenso ou sequer de assentimento por parte dos diferentes interessados, incluindo accionistas e credores.

De outro modo, e mesmo sem considerar as decisões de fundo com grande probabilidade de suscitarem a oposição de accionistas e credores¹⁴, também actos sem cuja realização todo o sentido da intervenção pública ficaria esvaziado – como a nomeação de emergência de novas administrações, o acesso e o retorno dos depósitos aos interessados, a revogação da licença para operar – poderiam ser irremediavelmente adiados¹⁵.

- e) Portanto, e em síntese, a inviabilidade objectiva de aplicação bem sucedida do regime comum de insolvência às instituições de crédito deriva essencialmente dos factores já mencionados. Por um lado, resulta do facto de esse regime estar intencionalmente desenhado e orientado para proporcionar a satisfação dos interesses dos credores¹⁶ e não do interesse público subjacente à garantia da continuidade da actividade bancária e da estabilidade do sistema financeiro. Por outro, assegurando a supervisão judicial de todo o processo e a garantia da participação dos credores, todo o processo é, para além da intervenção inicial tardia,

¹⁴ Cf. a contraprova em M. Cihák/E. Nier, "The need for special resolution regimes...", cit., págs. 401 e seg. referindo situações recentes em que a intervenção judicial dos accionistas se saldou por uma paralisação irremediável do processo,

¹⁵ Cf. D. Parker, *Closing a Failed Bank...*cit., pág. 2.

¹⁶ De resto, essa preocupação não é susceptível de atender igualmente ao tratamento especial devido aos depositantes que, diversamente da generalidade daqueles credores, não intervêm profissionalmente no mercado, mas surgem em número decisivo na actividade bancária, já que é do seu dinheiro que depende essencialmente a liquidez que os bancos colocam na vida económica. Cf., assim, Peter Brierly, "The UK Special Resolution Regime for failing banks in an international context", *Financial Stability Paper n° 5*, Bank of England, 2009, pág. 5.

estruturalmente lento, ao contrário do que seria exigido por uma actuação expedita capaz de prevenir o contágio sistémico¹⁷.

Se a primeira razão, atinente ao interesse principal subjacente a cada regime, é política e substancialmente relevante, a segunda, atinente aos *tempos* de desencadeamento e de desenvolvimento da liquidação, acaba por ser pragmaticamente decisiva, já que as garantias da segurança dos depositantes e da continuidade das funções críticas e da actividade da instituição financeira em liquidação não se compadecem com a lentidão estrutural dos procedimentos realizados ao abrigo do regime comum de insolvência¹⁸.

3 A adopção dos novos regimes de resolução

- a) Superada a convicção estabelecida do *too big to fail* e excluídas, com base na prova dos factos, enquanto soluções capazes de lidar adequadamente com as dificuldades do sector bancário em tempo de crise, as várias saídas a que se recorreu numa fase inicial (recurso ao processo comum de insolvência, nacionalização, *resgate* de instituições privadas com fundos públicos), abre-se objectivamente um espaço de discussão político-jurídica orientado para a criação de um novo regime de enquadramento da liquidação das instituições de crédito.

De resto, nem se pode dizer que tal constitua uma novidade absoluta, uma singularidade unicamente construída nos últimos anos, já que, mesmo no quadro do regime comum de insolvência, sempre houve algumas especificidades reconhecidas ao sector bancário¹⁹, para além de que, num plano mais geral, a partir do segundo terço do século XX, se começou a reconhecer a necessidade de uma regulação pública do sector que acautelasse a especial sensibilidade e potencialidade de gerar crises que a actividade bancária apresenta.

No fundo, afigurava-se necessário um novo enquadramento jurídico que, não recorrendo a dinheiro dos contribuintes, permitisse a liquidação controlada das instituições em falência com preservação da estabilidade financeira e sem risco de provocar um contágio sistémico. Ora, como se viu, tal só é possível se não houver perda de confiança, para o que, em termos de objectivos imediatos a realizar num processo de liquidação de uma instituição de crédito, se exige a continuidade da actividade bancária que ela realizava anteriormente e a garantia da segurança dos depósitos.

- b) No essencial, as ideias-base constantes dos diferentes *regimes de resolução* que virão agora a ser aprovados nos mais diferentes países desenvolvidos assentam em princípios comuns inspirados, remotamente, nas medidas de primeira geração já adoptadas pelo *Federal Deposit Insurance Act* (FDIC), de 1950, dos Estados Unidos da América, e que haviam já sido retomadas com desenvolvimento, nas condições actuais, através do *Banking Act*, de 2008 e de 2009, do Reino Unido e com o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, nos Estados Unidos, em 2010²⁰.

¹⁷ Cf. M. Cihák/E. Nier, "The need for special resolution regimes...", cit., págs. 399 e segs.

¹⁸ Cf. E. Hüpkens, *loc. cit.*; B. Attinger, "Crisis Management and Bank Resolution ...", cit., págs. 7 e segs.

¹⁹ Cf., entre nós, Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 2ª ed., Coimbra, págs. 87 e segs.

²⁰ Veja-se, assim, como a ideia de constituição de um *banco-ponte*, enquanto instituição bancária de transição que assegurasse a continuidade da actividade do banco em liquidação e que pudesse ser posteriormente vendida quando a situação estivesse estabilizada, já constava do *FDIC* norte-

Mas, foi sobretudo através do impulso fornecido pelo G20, em 2009, com a criação do *Financial Stability Board (FSB)* e com a posterior aprovação, em 2011, dos chamados "*Key Attributes*"²¹ que se pode dizer ter-se iniciado decisivamente a transição para um novo paradigma²² de resolução das instituições financeiras, orientado para a liquidação de instituições bancárias em falência com o mínimo de risco de contágio e de afectação da estabilidade do sistema financeiro e com a imposição dos respectivos custos, não aos contribuintes, mas prioritariamente aos accionistas e aos credores da instituição (excluindo os depósitos garantidos) e, em última análise, ao sector bancário no seu conjunto (chamado a contribuir através dos Fundos de Resolução sustentados essencialmente nas contribuições do sector).

Essa ambição reformadora foi igualmente reflectida pela Comissão Europeia, tendo sido produzidos sob sua égide vários documentos de consulta orientadores da elaboração de uma nova Directiva sobre a recuperação e resolução das instituições de crédito²³.

Foi assim que, perante as necessidades colocadas pela nova realidade e retirando as lições dos efeitos problemáticos das primeiras intervenções, vários países desenvolvidos das mais diferentes latitudes²⁴ adoptaram especiais *regimes de recuperação e de resolução* subordinados àquela orientação, o que viria a recolher, particularmente na Europa²⁵, o impulso unificador e decisivo da União Europeia, através da adopção da referida *Directiva BRR*, bem como, especialmente na eurozona, através dos chamados *Mecanismo Único de Supervisão (SSM)*, *Mecanismo Único de Resolução (SRM)* e *Sistema Europeu de Garantia de Depósitos (EDIS)* no quadro da *União Bancária*²⁶.

- c) Com pequenas diferenças, esse novo regime, visando os objectivos referidos²⁷, assenta, em geral, sobre os seguintes princípios e máximas de actuação²⁸:
- i) os prejuízos decorrentes da falência de uma instituição de crédito devem ser prioritariamente suportados pelos respectivos accionistas e, a seguir, pelos credores da

americano e foi precisamente retomada no regime de resolução britânico. Cf. Peter Brierly, "The UK Special Resolution Regime ...", *cit.*, pág. 9; J. Armour, "Making bank resolution credible", *cit.*, págs. 460 e segs.

²¹ Cf. "Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions", aprovados pelo *FSB* em Outubro de 2011 e adoptados pelo G20 na Cimeira de Novembro do mesmo ano.

²² Cf., assim, Eva Hüpkens, "Adequate loss-absorbing and recapitalisation capacity of G-SIBs in resolution" in *ECB Legal Conference 2015*, págs. 199 e segs.

²³ Entre os quais se salientam os "Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution", de 2011, documento que constitui a principal síntese e fonte material do regime que viria a ser posteriormente consagrado na *BRRD*.

²⁴ Fora da Europa, é o caso dos USA, Canadá, México, Japão, Nova Zelândia, Hong Kong, Coreia do Sul. Cf. M. Cihák/E. Nier, "The need for special resolution regimes...", *cit.*, pág. 408; Peter Brierly, "The UK Special Resolution Regime...", *cit.*, pág. 6.

²⁵ Na Europa os primeiros novos regimes de resolução foram aprovados no Reino Unido (2008 e 2009), Dinamarca (em 2008 e alterado sucessivamente até 2011), Bélgica (2010), Alemanha (2011), Irlanda (2011), Suíça (2011/2012), Áustria (2012), Espanha (2012) e, como se verá, em Portugal (2012). Curiosamente, em boa parte dos casos, a aprovação dos novos regimes foi feita *a quente*, ou retirando de imediato as lições de experiências mal sucedidas de nacionalização, de injeção de fundos públicos ou de insolvência, mas também sob pressão e em situação de emergência, já que, apesar do seu carácter geral e abstracto, os novos regimes se destinavam prioritariamente a resolver situações concretas de instituições bancárias cuja falência ameaçava a estabilidade de todo o sistema financeiro dos respectivos países. Foi assim com os casos do *Northern Rock* (Reino Unido) e *Hypo Real Estate* (Alemanha), com o *SMS Bank* (Holanda) e várias instituições de crédito na Irlanda no pós-2008.

²⁶ Cf., para a história do surgimento dos novos mecanismos, M. Lamandini/D. Muñoz/J. Álvarez, "Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: the role of constitutional mandates and of fundamental rights' protection" in *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca di Italia, nº 79, 2015, págs. 9 e segs.

²⁷ Objectivos que a *BRRD* sintetiza no artigo 31º, nº 2: a) assegurar a continuidade das funções críticas; b) evitar efeitos negativos significativos na estabilidade financeira, nomeadamente evitando o contágio, inclusive das infraestruturas de mercado, e mantendo a disciplina do mercado; c) proteger as finanças públicas, limitando o recurso a apoios financeiros públicos extraordinários; d) proteger os depositantes abrangidos pela Directiva 2014/49/UE e os investidores abrangidos pela Directiva 97/9/CE; e) proteger os fundos e ativos dos clientes.

²⁸ Cf. artigo 34º da *BRRD*.

instituição (excluindo os depósitos garantidos), pela ordem inversa das prioridades estabelecidas para as pretensões de reclamação de créditos no processo comum de insolvência e garantindo que uns e outros, credores e accionistas, não ficarão em pior situação do que ficariam com a aplicação desse regime;

- ii) as autoridades administrativas responsáveis devem estar juridicamente autorizadas e ter a capacidade de recurso a um arsenal suficiente de instrumentos de controlo para uma intervenção precoce, bem como dispor de uma ampla margem de avaliação e de decisão;
 - iii) a intervenção deve depender da verificação de uma situação de deterioração ou de funcionamento irregular que revele a probabilidade de uma instituição deixar de reunir os requisitos que lhe haviam permitido ter autorização para acesso à actividade bancária, bem como da inexistência de condições e recursos para os recuperar por meios próprios;
 - iv) as autoridades devem poder dispor de meios financeiros necessários à garantia dos depósitos e a uma capitalização inicial que assegure a continuidade da actividade bancária;
 - v) deve ser dispensada a necessidade de consentimento e de participação de accionistas e de credores da instituição em crise no processo de resolução;
 - vi) o direito de acesso à justiça dos interessados deve ser conformado de forma a reservar, por princípio, a intervenção judicial para um controlo sucessivo de legalidade²⁹.
- d) Nesse sentido, para garantir a prossecução eficaz dos objectivos de interesse público visados, os novos regimes de resolução consagram um conjunto de instrumentos de intervenção administrativa, como sejam:
- i) constituição de uma autoridade administrativa de resolução ou atribuição dos poderes de resolução que lhe são próprios ao regulador do sistema bancário;
 - ii) constituição de um fundo de resolução através de contribuições financeiras a cargo sobretudo do próprio sector bancário, capaz de apoiar as necessidades de capitalização inicial e de compensação dos interessados sem recurso a dinheiro dos contribuintes;
 - iii) atribuição à autoridade de resolução de poderes drásticos de intervenção preventiva ou precoce de recuperação ou de resolução da instituição em crise, sem necessidade de acordo ou de audição prévia de accionistas e de credores, incluindo nesses poderes a deliberação de resolução, a constituição de uma propriedade pública temporária sobre a instituição em liquidação, a nomeação de nova administração e a activação dos mecanismos de resolução a seguir enumerados;
 - iv) venda directa da instituição ou de parte dela a operadores privados;
 - v) para fazer a *ponte* entre a liquidação da instituição em crise e o surgimento de um comprador considerado adequado, possibilidade de transferência da actividade bancária e dos activos e dos passivos não *tóxicos* da instituição em crise para uma nova instituição bancária de transição, criada pela autoridade de resolução e com administração por ela designada;

²⁹ Cf. artigo 85º da *BRRD*.

- vi) imposição de uma *recapitalização interna* (o chamado *bail-in*) aos accionistas e credores, com redução, eventualmente integral, do valor das participações accionistas e da dívida e/ou a conversão da dívida em participação no capital da instituição.

4 O regime português

Até 2012 não havia na ordem jurídica portuguesa previsão de medidas de resolução a serem aplicadas a uma instituição de crédito em situação de crise e que se revelasse incapaz de honrar os seus compromissos. Em situações desse género, o Estado procedia ao *resgate*/nacionalização com recurso a fundos públicos em alternativa à revogação, por parte do Banco de Portugal, da respectiva autorização para exercício de actividade (que produzia os efeitos de uma declaração de insolvência) com posterior liquidação.

Foi por essa altura, em 2011, que, acompanhando o referido movimento que se desenvolvera em outros países europeus a partir de 2009 e de, alguma forma, também pressionado pelos compromissos de reforço da estabilidade do sistema financeiro assumidos no Programa de Assistência Financeira perante a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, o Governo apresentou à Assembleia da República uma proposta de lei de autorização legislativa³⁰ "para estabelecer mecanismos de intervenção preventiva e correctiva, para criar uma fase de administração provisória e para definir os termos e a competência para a resolução e liquidação pré-judicial de instituições sujeitas à supervisão do Banco de Portugal".

Esta proposta deu origem à aprovação da Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro, que autorizou o Governo a proceder à revisão do regime aplicável ao saneamento e liquidação das instituições sujeitas à supervisão do Banco de Portugal.

4.1 O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro

- a) O Governo viria, então, a aprovar³¹ o Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que altera o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro. Com essa alteração, o novo diploma acompanha, em Portugal, o esforço de reforma legislativa do regime de recuperação e resolução no sector bancário que estava igualmente a ser desenvolvido e concretizado legislativamente em vários outros países europeus. Portanto, Portugal adopta um regime de resolução ainda antes da aprovação formal da referida Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014 (a *BRRD*).

Como se diz no respectivo preâmbulo, este Decreto-Lei institui "*uma nova disciplina legal caracterizada pela existência de três fases de intervenção distintas – intervenção correctiva, administração provisória e resolução. Os pressupostos de aplicação destas três fases de intervenção diferenciam-se em razão da gravidade do risco ou grau de incumprimento, por parte de uma*

³⁰ Proposta de Lei n.º 16/XII (DAR, II série A, n.º 29/XII/1, 2.º Sup. 2011.09.15, pág. 2-53)

³¹ Note-se que este diploma foi aprovado pelo Governo com fundamento expresso nas competências legislativas que lhe são conferidas pelas alíneas a) e b) do número 1 do artigo 198.º da Constituição, ou seja, mais especificamente, foi elaborado ao abrigo da autorização legislativa concedida pela referida Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro, mas também no exercício de competência legislativa própria. Veremos, quando discutirmos as alegações de existência de inconstitucionalidades orgânicas no regime de resolução em vigor na altura, como este aspecto assume uma importância particular no contexto desta Consulta.

instituição, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua actividade, bem como da dimensão das respectivas consequências nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro."

No âmbito desta Consulta interessam-nos particularmente a fase da "administração provisória" e, especialmente, a de "resolução", podendo dizer-se a propósito, e em síntese, que o novo regime de resolução então instituído em Portugal consagra, no essencial, os objectivos e os princípios orientadores, bem como, parcialmente, os instrumentos e medidas de resolução que atrás enumerámos como constituindo, na Europa e nos países economicamente mais desenvolvidos de outras latitudes, o "novo paradigma" de recuperação e de resolução das instituições bancárias.

- b) Com efeito, assumindo como objectivo principal a salvaguarda da estabilidade do sistema financeiro, do interesse dos depositantes e da solidez financeira da instituição em causa (alteração do artigo 139º do RGICSF), o novo diploma habilita o Banco de Portugal para a possibilidade de adoptar, numa fase precoce de evidenciação de uma situação de crise ou de anormalidade de funcionamento de uma instituição de crédito (alteração ao artigo 141º), as medidas de intervenção correctiva, de administração provisória e de resolução que considere suficientes ou mais adequadas para repor a normalidade ou para liquidar de forma controlada a instituição (alteração ao artigo 140º).

Para o que nos interessa especialmente na resposta à Consulta, caso se verifique que essas medidas correctivas não permitiram recuperar a instituição ou caso se considere que elas seriam à partida insuficientes para realizar os objectivos visados (alteração ao artigo 144º), pode o Banco de Portugal suspender a administração e nomear uma administração provisória (alteração ao artigo 145º) e adoptar, sem audiência prévia dos interessados (alteração ao artigo 146º), um conjunto de medidas de resolução em ordem a prosseguir as seguintes finalidades (artigo 145º-A, aditado ao RGICSF): *"a) assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais; b) acautelar o risco sistémico; c) salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público; d) salvaguardar a confiança dos depositantes"*.

- c) Assim, subordinado ao princípio orientador segundo o qual se deve assegurar que devem ser os accionistas e os credores da instituição de crédito (excluindo os depósitos garantidos) a assumir prioritariamente os prejuízos (artigo 145º-B, aditado), e quando considere que uma instituição de crédito não cumpre, ou está em risco sério de não cumprir, os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua actividade, pode o Banco de Portugal, suspendendo entretanto a administração e nomeando novos administradores (artigo 145º-D, aditado) aplicar as seguintes medidas de resolução (artigo 145º-C, aditado):
- i) alienação parcial ou total da actividade a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade em causa;
 - ii) transferência, parcial ou total, da actividade a um ou mais bancos de transição, com o objectivo de preparar a sua alienação posterior e com a atribuição ao Banco de Portugal da competência para proceder à separação de activos e passivos a transferir para a nova instituição (artigo 145º-G, 145º-H e 145º-I, aditados);
 - iii) revogação da autorização da instituição de crédito que não preencha os requisitos para a manutenção da autorização e sua posterior liquidação (artigo 145º-M, aditado)

- d) Finalmente, e com importância determinante na conformação da natureza do novo regime de resolução, designadamente na observância do princípio de que a estabilidade financeira do sector não deve ser alcançada ou reposta através sobretudo de um esforço financeiro suplementar a cargo dos contribuintes, o novo diploma cria um Fundo de Resolução financeiramente sustentado nas contribuições regulares ou extraordinárias das instituições do sector, com o objectivo de prestar apoio financeiro às medidas de resolução adoptadas pelo Banco de Portugal (artigos 153º-B a 153º-U, aditados).
- e) Como se percebe facilmente desta descrição sumária do regime instituído pelo Decreto-Lei nº 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, o novo regime então entrado em vigor em Portugal beneficiou tanto do impulso da discussão internacional entretanto desencadeada pelo G20 e pela Comissão Europeia quanto da inspiração das iniciativas preparatórias desenvolvidas nesse âmbito e corresponde já, em aspectos essenciais e determinantes, ao novo regime de resolução que viria a ser posteriormente acolhido na Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, e, posteriormente, com uma nova ambição transnacional de integração europeia no quadro da União Bancária, ao regime de resolução instituído pelo *Mecanismo Único de Resolução* no Regulamento (UE) nº 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho.

4.2 A Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, e a sua transposição para o Direito português

A chamada *BRRD*, de 2014, é tecnicamente mais elaborada e mais completa que o regime de resolução português acolhido pelas alterações introduzidas em 2012 no RGICSF. No entanto, para além da instituição de uma nova e fundamental medida de resolução (o chamado *bail-in*), no essencial não comporta alterações de relevo relativamente ao regime consagrado no diploma português, ou seja, obriga a completar, mas não a modificar o essencial do regime na altura já instituído entre nós. Destacaríamos ainda na *BRRD*, em todo o caso, para além da inovação constituída pela nova medida de resolução, a existência da concretização de um princípio de grande significado.

Com efeito, a Directiva acolhe, desenvolve e amplia o chamado princípio "*no creditor worse off*", segundo o qual os credores das instituições sob resolução não deveriam ver os seus interesses patrimoniais mais prejudicados através desse processo do que aquilo que ocorreria caso a liquidação da instituição se tivesse processado de acordo com o regime comum de insolvência.

Trataremos desse princípio e das suas consequências jurídicas no ponto seguinte, referente às relações entre regime de resolução e direitos fundamentais, mas desde já se diga que ele corresponde a uma densificação derradeira das garantias de Estado de Direito, designadamente do princípio da proibição do excesso e do direito a compensação, no contexto dos regimes de resolução. Em todo o caso, embora não assuma, em rigor, carácter essencialmente inovatório relativamente ao regime português de 2012, que já acolhia expressamente o princípio da proporcionalidade (artigo 139º do RGIFSC), a consagração específica de que é objecto na Directiva tem o especial significado de se traduzir na ampliação da sua aplicação também aos accionistas e não unicamente aos credores das instituições de crédito.

Por sua vez, essa ampliação, como veremos, tem muito a ver com a outra inovação de peso introduzida pela Directiva e a que já aludimos, ou seja, a introdução da medida de resolução normalmente designada de *bail-in* e através da qual se concretiza o princípio, já constante do diploma português de 2012 (artigo 145º-B, aditado), segundo o qual devem ser accionistas e credores da instituição em liquidação a assumir prioritariamente os prejuízos dessa instituição. Para tanto, a medida de resolução inovadora do *bail-in* permite a recapitalização interna através da imposição de uma redução, eventualmente integral, do valor das participações accionistas e da dívida e/ou da conversão da dívida em participação no capital da instituição³².

4.2.1 O Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto

Em 2014, exactamente antes da Deliberação do Banco de Portugal de resolução do BES a 3 de Agosto, é aprovado e entra em vigor o Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, que altera algumas disposições do RGICSF.

Como se infere do sentido da exposição anterior, e uma vez que este diploma procede a uma transposição apenas parcial da *BRRD*, para além da consagração na ordem jurídica portuguesa do referido princípio "*no creditor worse off*", cujas consequências e relevância abordaremos no ponto seguinte, o Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, não opera modificações de relevo ao regime de resolução adoptado no diploma de 2012, apesar da controvérsia, também jurídica, que algumas dessas alterações geram, como veremos posteriormente.

Para além da concretização, através do "*no creditor worse off*" (alteração dos artigos 145º-B e 145º-F), da protecção derradeira dos direitos e interesses patrimoniais dos credores afectados pela aplicação de medidas de resolução e da consequente regulação e clarificação dos procedimentos de avaliação prévia dos activos transferidos destinadas a assegurar praticamente a efectividade daquela garantia (alteração dos artigos 145º-F e 145º-H), o novo diploma limita-se a regular a possibilidade de o Fundo de Resolução conceder apoios, garantias e os respectivos termos (alteração dos artigos 145º-F, 145º-H, 145º-I e 145º-M) e altera, num sentido globalmente mais favorável para os accionistas e credores da instituição, a anterior delimitação negativa do âmbito dos passivos insusceptíveis de transferência no quadro da aplicação da correspondente medida de resolução (alteração do artigo 145º-H, nº 2), reduzindo nesse domínio, dessa forma, a margem de avaliação e de decisão conferidas ao Banco de Portugal pelo diploma de 2012.

Haverá, posteriormente, outras alterações ao RGICSF de alguma forma relacionadas com o regime de resolução e, desde logo, com maior importância, a transposição integral da *BRRD* através da Lei nº 23-A/2015, de 26 de Março, mas que não consideramos aqui por já se situarem fora do âmbito temporal da presente Consulta.

5 Regime de resolução das instituições de crédito e restrição de direitos fundamentais

- a) Como se viu de toda a exposição anterior, a necessidade de instituir regimes de resolução com a configuração atrás referida foi generalizadamente reconhecida como sendo de adopção politicamente recomendada nos países desenvolvidos e foi mesmo assumida, no quadro da

³² Esta medida de resolução só viria a ser transposta para a ordem jurídica portuguesa através da Lei nº 23-A/2015, de 26 de Março.

União Europeia, como de realização juridicamente vinculada, quer no plano da própria União quer no plano nacional dos diferentes Estados membros.

Não se trata, portanto, de uma qualquer opção livremente decidida pelo legislador nacional através da qual se procure responder a um problema especificamente *português*, mas é algo progressivamente assumido, nos últimos anos, por qualquer poder público que, racionalmente, fazendo uma leitura razoável das causas e das consequências dramáticas, na vida de milhões de pessoas, da crise do sector financeiro que se abateu sobre os países desenvolvidos a partir de 2008, procure uma alternativa às opções que até então os mantinham encerrados no dilema conhecido: ou aplicar às instituições de crédito em crise o regime comum da insolvência, e com isso arriscar uma crise sistémica no sector financeiro de consequências incontrolláveis, ou *resgatar* essas instituições com dinheiros públicos e arriscar uma crise de dívida soberana de consequências igualmente inconvenientes ou até incontroláveis.

Nesse contexto, a opção legislativa por regimes de resolução como o instituído em Portugal em 2012 surge enquanto alternativa apoiada e justificada num interesse público de realização premente e imperativa, constituindo, pode dizer-se, verdadeira imposição da necessidade de resposta pública aos constrangimentos gerados pela crise financeira.

É certo que os regimes de resolução como os actualmente vigentes na generalidade dos países desenvolvidos não devem ser vistos como panaceia universal e, se eles têm demonstrado plenamente as suas virtualidades no plano nacional, podem estar longe de assegurar uma eficácia análoga quando a instituição de crédito em crise assumir uma dimensão transfronteiriça que suscite problemas de uma natureza não dominável no puro plano nacional ou até no quadro da União Europeia. Daí que se tenha colocado a necessidade de encontrar regimes de resolução, ditos de *segunda geração*, capazes de lidar com um nível mais complexo de dificuldades³³. Em qualquer caso, considerar-se-ia pacífica e praticamente consensual, independentemente das vicissitudes que sempre acompanham o debate sobre alternativas políticas para a *crise*, a justeza e até a inevitabilidade da opção do legislador português em 2012 e que, no fundo, apenas antecipou o regime de resolução que viria a ser posteriormente adoptado na União Europeia e que, de resto, o inspirou igualmente.

- b) No entanto, se do ponto de vista político e de justificação da opção legislativa esses são os dados que se impõem numa avaliação racional e razoável da situação, não é menos certo que, do ponto de vista jurídico, as deliberações de resolução tomadas ao abrigo de um regime jurídico como aquele que apreciamos produzem igualmente impactos de relevo nas instituições de crédito afectadas e, conseqüentemente, nos interesses patrimoniais e nos direitos dos respectivos credores e accionistas.

Ou seja, se é certo que os regimes de resolução estão suficientemente justificados pela importância do interesse público prosseguido, a sua aplicação é susceptível de produzir consequências desvantajosas no património das instituições de crédito sobre que incidem e na esfera juridicamente protegida dos respectivos accionistas e credores.

Desde logo, e na medida em que a intervenção pública de resolução deve operar precocemente relativamente ao momento hipotético em que uma situação de crise e de deterioração financeira esteja já abertamente instalada e seja publicamente reconhecida, então

³³ Cf. M. Cihák/E. Nier, "The need for special resolution regimes for financial institution...", *cit.*, págs. 427 e segs; John Armour, "Making bank resolution credible", *cit.*, págs. 460 e segs.

isso significa que, nessa altura, pelo menos aparentemente, aos olhos da opinião pública e de muitos dos interessados que não têm a percepção real da situação da empresa, a intervenção é vista como sendo fortemente penalizadora dos interesses patrimoniais dos accionistas e credores negativamente afectados pelo impacto directo das medidas de resolução.

Isto é, numa altura em que, de acordo com a percepção pública, a instituição em causa ainda tinha um valor económico líquido positivo e funcionava *normalmente*, esse valor acaba por ser significativamente afectado ou mesmo destruído pela própria deliberação de resolução que desencadeia o processo da sua liquidação.

Ora, à luz dos procedimentos típicos de Estado de Direito, esta afectação dos interesses patrimoniais de accionistas e credores da instituição em causa aparenta ser inadmissível, já que, em última análise, e independentemente do interesse público e dos benefícios em vista com tais medidas, accionistas e credores teriam sido "expropriados" de um valor económico real sem prévia compensação.

Com efeito, seja pela decisão de liquidação da instituição, seja pela segregação e transferência dos activos não *tóxicos* para uma outra instituição –com as consequentes interrupção de actividade e redução radical ou mesmo eliminação de valor económico da instituição e dos activos e obrigações que *ficam para trás*–, seja pelo facto de as decisões de resolução serem realizadas sem acordo e sem audiência prévia dos interessados e seja, ainda, pela apropriação pública temporária da instituição, com a inerente destituição da administração e nomeação de novos administradores, há em toda a extensão e alcance destas diferentes medidas uma evidente e porventura relevante afectação dos interesses e direitos de accionistas e credores.

Ora, como os interesses eventual ou necessariamente afectados são juridicamente protegidos por direitos fundamentais constitucionais –as medidas de resolução previstas incidem especificamente e a título principal sobre o direito de propriedade e sobre a liberdade de iniciativa económica privada, para além de efeitos colaterais, marginais e indirectos em outros direitos fundamentais–, então impõe-se igualmente a conclusão de que as normas habilitadoras integrantes do regime de resolução constituem restrições a direitos fundamentais e a deliberação de resolução tomada ao seu abrigo constitui, também, intervenção restritiva em direitos fundamentais³⁴.

- c) Com efeito, entendendo genericamente por restrição a um direito fundamental uma afectação desvantajosa ou negativa das possibilidades de acesso dos seus titulares potenciais ou reais ao bem protegido por um direito fundamental³⁵, parece impor-se a conclusão de que as normas constantes daquele regime de resolução assumem o carácter de normas ou leis restritivas de direitos fundamentais, tanto pelo que significam já como prejuízo ou afectação negativa de bens jusfundamentais, quanto na medida em que autorizam ou habilitam os poderes públicos a posteriores intervenções restritivas, pontuais e concretas, no conteúdo protegido pelos mesmos direitos. E, tendo em conta a natureza dos bens e interesses afectados, trata-se de restrições ao direito de propriedade e à liberdade de iniciativa económica privada de accionistas e de credores da respectiva instituição.

³⁴ Para uma distinção desenvolvida dos conceitos e da distinção entre restrição e intervenção restritiva –que propusemos entre nós–, cf. Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, págs. 205 e segs., págs. 227 e segs.

³⁵ Conforme de há muito sustentamos, cf. Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais ...cit.*, págs. 192 e segs., págs. 247 e segs.

É certo que, no plano doutrinário e mesmo da parte da nossa jurisprudência constitucional, esta conclusão seria, não há muito tempo atrás, relativamente obnubilada através do frequente recurso obscurecedor a conceitos e qualificações das normas em causa como constituindo, apenas, concretização dos limites iminentes dos respectivos direitos fundamentais, ou como sua regulamentação ou condicionamento, o que pretenderia, numa forma que sempre criticámos e consideramos constitucionalmente inadequada, constituir uma alternativa ao puro e simples reconhecimento do carácter restritivo das disposições legais em causa.

Porém, hoje, seja na jurisprudência internacional –designadamente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem–, seja na jurisprudência e doutrina nacionais, salvo raras e esporádicas excepções, aquela conclusão tenderá a ser progressivamente assumida, ou seja, as normas em causa constituem restrições a direitos fundamentais e devem ser tratadas como tal.

Isto não significa, naturalmente, que a seguir se imponha a conclusão de que estamos perante normas inconstitucionais, mas, diferentemente, esse ponto de partida remete-nos para a questão de saber, em seguida, se aquelas restrições são ilegítimas ou legítimas, inconstitucionais ou não inconstitucionais.

É esse o esforço a que aqui se procederá já preliminarmente, deixando para a segunda parte a resposta concreta às questões colocadas na Consulta.

5.1 As dúvidas sobre a constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais actadas pelo novo regime de resolução

5.1.1 A justificação das restrições

- a) Quando se considera a constitucionalidade de uma restrição a direitos fundamentais, a primeira fase do controlo respeita à justificação para restringir, ou seja, conduz à indagação sobre o que podem os poderes públicos invocar como razões que possam constituir fundamento admissível das restrições de direitos fundamentais a que procederam. De qualquer forma, e mesmo que a justificação não seja considerada inadmissível à partida, restará ainda, numa segunda fase de controlo, saber se foram ou não respeitados os princípios constitucionais aplicáveis.

Relativamente a esta primeira questão, dir-se-ia que a reflexão sobre o tema da justificação não nos deve ocupar demasiado tempo, não pela sua importância intrínseca, mas porque no caso concreto a existência de uma justificação é tão facilmente reconhecível por tudo o que dissemos atrás que bastaria o recurso aos dados empíricos para a considerar resolvida.

Isto é, quando a generalidade dos países desenvolvidos democráticos adoptaram nos últimos anos regimes de resolução substancialmente afins, parece evidente que se, como se diz no artigo 29º, nº 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, só são admissíveis as limitações aos direitos fundamentais "estabelecidas na lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e das liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática", então teremos de concluir que este é seguramente um desses casos de limitações admissíveis. Ou seja, quando nos últimos anos a generalidade das sociedades democráticas adopta regimes de resolução deste mesmo cariz é porque, embora afectem direitos fundamentais, eles constituem resposta, porventura a única resposta, a uma justa exigência de bem-estar numa sociedade democrática.

O mesmo se diga relativamente à forma como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia trata a mesma questão. Segundo o seu artigo 52º, nº 1, restrições aos direitos fundamentais só "podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União...". Não podem igualmente restar dúvidas de que, com os novos regimes de resolução, se trata de corresponder à necessidade de prosseguir objectivos de interesse geral reconhecidos como tal pela União Europeia.

- b) Há, com efeito, um interesse público na garantia da estabilidade do sistema financeiro e na prevenção do risco de contágio sistémico de relevância preponderante e que justifica as limitações aos direitos fundamentais atrás referidas. Mas há também, por outro lado, e não menos relevante enquanto justificação das referidas restrições, o dever estatal de protecção de outros direitos fundamentais, sujeitos a ameaças e riscos de peso nas condições de vida real das nossas sociedades. Com efeito, o Estado não pode permanecer indiferente e passivo perante as prováveis e dramáticas consequências que, perante a sua eventual abstenção de agir, o desenrolar *normal* da crise de insolvência das instituições financeiras, sobretudo as mais relevantes, produziria na vida, no bem-estar e nos direitos fundamentais de milhões de pessoas.

Isto é, o Estado social dos nossos dias tem um dever jurídico-constitucional de protecção dos direitos fundamentais³⁶, uma indiscutível obrigação de tudo fazer para prevenir, evitar e remediar os riscos avassaladores de desenvolvimento de uma crise financeira cujos efeitos de maior impacto se produziriam na esfera dos cidadãos mais desprotegidos e, desde logo, nos direitos fundamentais dos milhões de depositantes que confiaram as suas pequenas economias aos bancos e se veriam completamente indefesos perante o desenrolar "normal" de uma crise do sector bancário.

Assim, também por força do necessário cumprimento desse dever estatal de protecção, se justifica a actuação das restrições aos direitos fundamentais referidas. Isso não significa que essa seja a única via de proteger os direitos fundamentais das potenciais vítimas de uma crise financeira de alcance sistémico, mas, no mínimo, tem de se reconhecer ao poder político democrático uma margem de acção e de escolha política³⁷ que justifica ou, pelo menos, não ilegítima, *a priori*, a adopção de regimes de resolução com este alcance, mesmo quando ela significa, igualmente, a afectação de direitos fundamentais de outros particulares.

- c) Assim, resolvida a questão da justificação com a conclusão de que, no mínimo, a justificação invocável pelo legislador não é inadmissível, resta saber se as concretas medidas restritivas adoptadas respeitam ou não os restantes princípios constitucionais aplicáveis, ou seja, os chamados *limites aos limites*.

E aqui, pese embora a eventual relevância de outros princípios constitucionais, que consideraremos posteriormente na resposta pontual e concreta às questões da Consulta, diríamos que o foco da discussão jurídica deve sobretudo incidir sobre a observância do princípio constitucional da proibição do excesso ou da proporcionalidade. A eventual

³⁶ Cf., sobre esse dever de protecção e a sua natureza, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais*, Coimbra, 2010, págs. 255 e segs, págs. 271 e segs; Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção dos Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2015, *passim*.

³⁷ Cf. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, cit., págs. 276 e segs.

inconstitucionalidade das normas integrantes do regime de resolução em causa dependerá essencialmente do seu eventual carácter excessivo ou desproporcionado.

Porém, mesmo que se aceite que, pelo enorme *peso* que apresentam as razões justificativas, as restrições impostas a accionistas e a credores não seriam desproporcionadas, excessivas, pode considerar-se que não seria legítimo, à luz dos princípios próprios de Estado de Direito, deixar sem qualquer compensação as pessoas que, por força da necessária prossecução do interesse público da maior premência, acabaram por sofrer encargos especiais, isto é, ter-lhes-ia sido imposto um sacrifício para o bem de todos –a garantia da estabilidade financeira beneficia, em última análise, todos–, não tendo o sacrifício sido repartido igualmente por todos. E, sendo assim, suscita-se inevitavelmente o problema da sua eventual compensação financeira.

5.1.2 A compensação dos afectados: "no creditor worse off"

- a) Quando uma instituição de crédito entra em liquidação no quadro da aplicação do novo regime de resolução, a posição dos credores *deixados para trás*, ou seja, dos titulares dos créditos não transferidos para uma instituição de transição ou não alienados a um eventual comprador, fica substancialmente desfavorecida relativamente aos credores e depositantes que viram as suas posições transferidas ou alienadas e que, em princípio, para além de perturbações menores no acesso aos serviços bancários na fase de transição, não sofrerão outros prejuízos por facto da resolução.

Quem *fica para trás*, sofre prejuízos, já que o valor patrimonial apurado após a liquidação dos activos e a que o credor pretende candidatar-se no processo de insolvência da instituição em liquidação será substancialmente menor do que aquele que restaria se os activos valiosos não tivessem sido transferidos ou alienados e fossem igualmente liquidados no processo de insolvência em ordem a satisfazer os credores.

Logo, enquanto que para depositantes e credores cujos créditos foram transferidos a resolução assumiu carácter garantista, para os credores com créditos que permanecem na instituição em liquidação a resolução provoca os sacrifícios que resultam em consequência da referida diminuição de valor. Isto é, para prosseguir um interesse público de importância relevante, as autoridades impõem potencialmente um sacrifício especial a quem *fica para trás*.

- b) A percepção da eventualidade de ocorrência deste sacrifício por parte dos potenciais contratantes com as instituições bancárias dos países que adoptassem regimes de resolução baseados, em grande medida, na introdução da possibilidade de transferência parcial de activos e responsabilidades para um banco de transição –como era o caso do Reino Unido com a adopção precoce de um regime deste tipo em 2008– conduziu, na altura, o legislador britânico à conclusão que o seu sistema bancário poderia ficar em posição desvantajosa face aos dos países concorrentes. Ou seja, potenciais investidores seriam desviados para outros sistemas bancários caso não se assegurasse aos potenciais contratantes e credores que não corriam um risco suplementar contratando e investindo nas instituições de crédito britânicas, isto é, o risco de poderem ser *deixados para trás* em caso de resolução de uma instituição de crédito em dificuldades.

Ou seja, se o sistema britânico já dava a garantia de deixar intacta a posição dos credores cujos créditos fossem transferidos para uma instituição de transição num processo de resolução –o

que constituía uma vantagem comparativa face às ordens jurídicas que pura e simplesmente deixassem desenvolver livremente o processo de falência-, também agora o eventual sacrifício acrescido que os credores *deixados para trás* sofreriam deveria ser adequadamente compensado.

A resposta a essa aspiração foi a adopção, no regime de resolução alterado em 2009, de uma salvaguarda que garantisse aos credores *deixados para trás* que nunca incorreriam em maiores perdas do que aquelas que sofreriam caso não houvesse medida de resolução e a instituição de crédito em dificuldade tivesse entrado em liquidação regida pelo regime comum de insolvência. A adopção da salvaguarda do "*no creditor worse off*" correspondia a essa intenção, garantindo aos credores das instituições de crédito britânicas a compensação adequada das perdas provocadas pela aplicação do regime de resolução.

Segundo essa salvaguarda, nenhum credor deveria ficar numa posição patrimonialmente desvantajosa face àquela em que teria ficado se, em vez da resolução de uma instituição de crédito com transferência de activos e de obrigações, se tivesse seguido o processo comum de insolvência dessa instituição no seu todo, isto é, sem separação e transferência de quaisquer activos e passivos. Se tal ocorrer, ou seja, se a alternativa de resolução tiver sido efectivamente mais desvantajosa para o credor, então ele deve ser financeiramente compensado na diferença, para o que se exige uma prévia avaliação independente que estabeleça os termos de facto requeridos pelo cálculo desta operação.

Ou seja, o montante real do sacrifício sofrido pelos credores *deixados para trás* não deveria, para efeitos de eventual compensação, ser medido em absoluto, isoladamente, isto é, tendo em conta a depreciação sofrida no momento em que intervém a decisão de resolução, mas deveria ter igualmente em conta o que teria acontecido aos mesmos interesses patrimoniais se não se tivesse optado pela resolução da instituição de crédito em crise e se tivesse deixado desenvolver normalmente a sua liquidação no quadro do regime comum de insolvência³⁸.

- c) O princípio "*no creditor worse off*" foi adoptado nestes mesmos termos nos Estados Unidos da América³⁹, em 2010, e foi depois generalizado, no plano europeu, através do impulso proporcionado por força da sua consequente adopção pela *BRRD*, onde se dispunha, no artigo 34º, nº 1, alínea g), que:

"Nenhum credor deve suportar perdas mais elevadas do que as que teria suportado se a instituição ou a entidade referida no artigo 1º, n.º1, alíneas b), c) ou d), tivesse sido liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência de acordo com as salvaguardas previstas nos artigos 73º a 75º .

Mas, nesta sua adopção a nível europeu, mantendo-se embora o enunciado original do princípio, ele beneficia de uma substancial ampliação quando, para além dos credores, passa igualmente a beneficiar os accionistas da instituição em liquidação. Ou seja, a Directiva acolhe a designação estabilizada do princípio, que correspondia integralmente ao seu conteúdo

³⁸ Pode até verificar-se que os credores não fiquem em pior situação com a intervenção de resolução, dado que o valor efectivo realizado num processo de insolvência é sempre fortemente depreciado, podendo então ocorrer que a alienação ou a transferência dos activos num processo de resolução com venda posterior resulte, em última análise, em vantagem para os credores, já que o maior valor obtido na venda de activos de uma actividade em continuidade pode até, no termo do processo, eventualmente compensar a perda originária sofrida por quem *ficou para trás*. Cf. G. Davies/M. Dobler, "Bank resolution and safeguarding the creditors left behind" in *Bank of England Quarterly Bulletin*, 2011, 51-3, págs. 216 e segs.

³⁹ Veja-se o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, 2010.

originário, mas fá-lo aplicar, não apenas aos credores da instituição de crédito em liquidação, mas também aos seus accionistas.

Com efeito, nos citados artigos 73º a 75º da *BRRD*, para que remete a fórmula da alínea g) do nº1, do artigo 34º, estabelece-se uma identidade de protecção entre accionistas e credores para efeitos de aplicação do princípio e do cálculo e fixação da compensação dele decorrente.

Para além das vantagens e objectivos a seguir desenvolvidos, a razão de ser desta significativa ampliação da salvaguarda aos accionistas foi claramente influenciada pela instituição da nova e fundamental medida de resolução: a recapitalização interna (*bail-in*).

Na medida em que, com essa medida de resolução, se chamam accionistas e credores, em igual plano, à recapitalização, com assunção dos prejuízos e imposição de perdas patrimoniais substanciais, uma vez que uns e outros são obrigados a aceitar a redução, eventualmente integral, ou a conversão das suas participações e créditos⁴⁰, a Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, faz, simultaneamente, a correspondente equiparação de garantias e de salvaguardas jusfundamentais sob a égide de um princípio que, mantendo a designação⁴¹, tem agora um alcance significativamente ampliado.

- d) No fundo, a salvaguarda instituída pelo "*nenhum credor deverá ficar em pior situação*" constitui uma concretização maximalista das garantias de Estado de Direito no domínio da protecção dos direitos de propriedade dos potencialmente afectados desvantajosamente pela aplicação das medidas de resolução a uma instituição de crédito em risco de falência iminente.

De facto, na medida em que com a segregação de activos e passivos da instituição em causa e a sua eventual alienação ou a sua transferência para um comprador ou uma instituição de transição há uma apropriação pública temporária e uma depreciação do valor da instituição remanescente e que entra em liquidação, há também, em consequência, uma afectação de interesses patrimoniais protegidos pelo direito de propriedade que apela à devida compensação.

Então, aquilo que se garante com *no creditor worse off* é que, do lado dos prejuízos sofridos, ninguém ficará em pior situação do que ocorreria se não tivesse havido resolução.

Para além disso, especialmente no caso da recapitalização interna imposta a accionistas e credores, a medida de resolução traduz-se numa conversão ou redução directa de valor patrimonial que pode ir até zero. Logo, a intervenção restritiva em causa não é simplesmente uma intervenção na empresa que provoca depreciação no respectivo valor económico e, reflexamente, nos interesses patrimoniais de accionistas e credores, mas é uma intervenção directa nos direitos de propriedade dos afectados que pode, até, ser juridicamente configurada, nos casos mais graves, como intervenção restritiva *equivalente a expropriação*.

Nessa altura, e independentemente da justeza de um enquadramento jurídico da situação feito nesses moldes, tal intervenção, independentemente da sua licitude constitucional, deve gerar

⁴⁰ Cf. V. de Serière/D. van der Houwen, "No creditor worse off" in case of bank resolution: food for litigation?", *cit.*, págs. 377 e segs; K-P Wojcic, "The significance and limits of the "no creditor worse off" principle for an effective bail-in" in *ECB Legal Conference*, 2015, págs. 253 e segs.

⁴¹ Curiosamente, no país da sua consagração original, o Reino Unido, ainda antes da aprovação da Directiva *BRR*, foi ensaiada, em 2013, a alteração da designação para "*no shareholder and creditor worse off*".

um dever de compensação dos afectados na justa medida do prejuízo sofrido. Ora, para a fixação de uma tal compensação, como dissemos, o prejuízo não deve ser determinado em abstracto, mas deve ser *medido*, avaliado, num contexto em que, não fora a adopção das medidas de resolução, a instituição de crédito seguiria normalmente um processo de liquidação segundo as regras do processo comum de insolvência⁴². Logo, o prejuízo e a correspondente compensação devem corresponder à diferença, se a houver, entre a grandeza da afectação negativa daqueles interesses patrimoniais numa e noutra situação.

- e) Independentemente de a intervenção restritiva em causa ser ou não juridicamente configurada como *equivalente a expropriação*, tratando-se, indiscutivelmente, de restrição a direitos fundamentais, só deve ser considerada constitucionalmente legítima se se fizer em estrita observância dos princípios constitucionais estruturantes, designadamente os princípios da proibição do excesso e da igualdade.

Ora, o "*no creditor worse off*" assume, no domínio dos regimes de resolução das instituições de crédito, se se quiser, a natureza de uma derradeira garantia que assegura, com carácter tendencialmente absoluto, a não inconstitucionalidade de todo o processo de resolução.

Sem essa salvaguarda, a garantia dos direitos dos particulares afectados pela medida de resolução seria desenvolvida pelo princípio da proibição do excesso –no sentido de que o sacrifício imposto não deverá ser excessivo relativamente aos benefícios que se procuram alcançar– e pelo princípio da igualdade, no sentido da protecção dos particulares a quem se impõem encargos especiais ou anormais com o fim de prossecução de um interesse público relevante.

Do princípio da igualdade já decorria a necessidade de deverem ser compensados os particulares a quem, por razões de interesse público, seja imposto um sacrifício especial ou anormal não imposto à generalidade dos cidadãos. Por sua vez, do princípio da proibição do excesso, como veremos na segunda parte, também decorre a existência de um filtro de constitucionalidade que só admite a legitimidade do novo regime de resolução se, na comparação com a alternativa que consistisse na aplicação do regime comum da insolvência, não resultasse uma desproporção entre o acréscimo marginal do benefício conseguido com o novo regime de resolução e um eventual acréscimo de sacrifício por ele gerado.

Porém, as dúvidas e o subjectivismo associados à determinação da adequação benefício/sacrifício e ao apuramento da equidade na repartição dos encargos públicos sempre deixam uma ampla margem para conflitualidade e consequente litigiosidade jurídicas. Ora, perante essa zona de incerteza jurídico-constitucional, a aplicação do *no creditor worse off* garante, à partida, que, do lado dos sacrifícios, ninguém ficará pior comparativamente à alternativa de não aplicação de medidas de resolução a uma instituição de crédito em situação de falência iminente. Então, se as referidas medidas de resolução puderem, em contrapartida,

⁴² Pode, naturalmente, duvidar-se que esse fosse o destino inevitável da instituição, até porque, como a intervenção de resolução só é eficaz se for realizada em momento precoce, ela ocorre em momento em que ainda não é pública e abertamente perceptível a situação de crise sem retorno da instituição em causa. Porém, apesar de importante, essa objecção não afecta o juízo de valoração dos prejuízos sofridos de acordo com a lógica desenvolvida no texto. Esta lógica justifica-se à luz da margem de avaliação e de decisão política que deve ser reconhecida às autoridades públicas que se vêem colocadas perante uma situação de inegável complexidade e de risco potencial de enorme gravidade se não for atalhada a tempo, mas sem prejuízo de sujeição da adequação dessa avaliação a controlo judicial posterior. Naturalmente, toda a avaliação de prejuízos e respectiva compensação perde sentido se, nessa altura, a deliberação de resolução for judicialmente considerada inválida por não verificação dos pressupostos de facto e requisitos jurídicos que a condicionam. Mas, esse é um problema qualitativamente distinto daquele que agora apreciamos.

assegurar ainda algum benefício do ponto de vista do interesse comum, fica praticamente assegurada a inatacabilidade jurídica de todo o processo.

Assim, com a adopção do "*no creditor worse off*", não apenas se reforça a previsibilidade e a segurança jurídica, como se assegura juridicamente o afastamento de qualquer hipótese de ocorrer inconstitucionalidade na aplicação do novo regime por eventual violação do princípio da igualdade, mas também, de forma especialmente evidente, do princípio da proibição do excesso⁴³.

Com efeito, de acordo com a lógica da *optimalidade de Pareto* associada ao princípio da necessidade⁴⁴, uma alternativa é preferível a outra sempre que com a sua adopção nenhum dos participantes veja piorada a sua situação e pelo menos um deles a veja melhorada. Ora, no caso, garantindo-se inequivocamente, através da salvaguarda do *no creditor worse off*, que nenhum dos participantes (incluindo credores e accionistas) fica pior com a alternativa da resolução, proporciona-se simultaneamente, com esse regime, um enorme acréscimo de benefício na prossecução do interesse público e nos direitos dos depositantes, afectando positivamente, não um, mas os milhões de indivíduos que vão beneficiar da segurança dos depósitos, da estabilidade do sistema financeiro e da prevenção de risco sistémico proporcionadas pelo novo regime de resolução.

Assim, nesse quadro, já de si vigente em qualquer Estado de Direito, a adopção expressa do princípio "*no creditor worse off*" significa a declaração da aplicação plena das garantias de Estado de Direito aos procedimentos de resolução com a consequente instituição de uma garantia suplementar de solidez jurídica indestrutível: o regime de resolução só pode ser prosseguido se daí não resultar qualquer acréscimo marginal de sacrifício para algum dos afectados comparativamente ao que seria produzido pelo regime comum de insolvência. Caso exista um qualquer acréscimo de sacrifício, apurado por uma avaliação independente, o afectado terá de ser compensado na respectiva diferença.

Nesses termos, a consagração do "*no creditor worse off*" procura assegurar de uma forma juridicamente incontestável a observância de uma plenitude de protecção da propriedade e da livre iniciativa económica privadas própria de Estado de Direito.

Com tal alcance, para além dos objectivos políticos e de justiça, o "*no creditor worse off*" constituía, simultaneamente, uma garantia de pacificação contra as eventuais alegações de violação dos seus direitos patrimoniais por parte dos afectados e uma derradeira segurança de que o processo de resolução não corria riscos de posterior anulação por parte dos tribunais eventualmente chamados a apreciar as suas queixas.

- f) Pode, no entanto, duvidar-se do cabimento da instituição de uma salvaguarda de protecção de accionistas e de credores com um tal alcance e de um *garantismo* aparentemente absoluto e que não existe na generalidade das potenciais afectações do direito de propriedade e da liberdade de iniciativa económica privada nas condições complexas das sociedades actuais, sobretudo quando os concretos regimes jurídicos determinam que a avaliação concreta dos potenciais prejuízos se faça com referência a um momento em que a crise latente da instituição

⁴³ Cf. K-P Wojcic, "The significance and limits of the "no creditor worse off" ...", *cit.*, págs. 254 e seg.

⁴⁴ Cf. B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, 1976, págs. 168 e segs; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, pág. 149; R. Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, München, 1989, págs. 51 e segs.

não é generalizadamente conhecida e, por isso, não se verificou ainda a inevitável degradação de valor ⁴⁵.

Ou seja, se da sujeição do novo regime de resolução à observância dos testes de proporcionalidade já resultava a sua natureza de não inconstitucionalidade, para quê mobilizar novos fundos para compensar financeiramente accionistas e credores que, no regime comum, assumiriam naturalmente as perdas da falência da respectiva instituição?

Quanto a esta objecção/dúvida, diga-se, em primeiro lugar, que a garantia proporcionada pelo princípio "*no creditor worse off*" só aparentemente tem o carácter *absoluto* que resulta em termos lineares da definição do seu conteúdo normativo. Na realidade, como a determinação da compensação devida dependerá sempre de uma avaliação financeira que deve partir de um pressuposto de verificação eventualmente discutível, o de que a falência da instituição atingira um ponto de desenvolvimento irreversível, ao que acresce, por outro lado, o facto de ter como um dos termos de comparação uma hipótese puramente ficcionada –aquilo que teria acontecido se se tivesse seguido o curso normal de uma insolvência regida pelo regime comum–, a pretensão de garantia *absoluta* fica naturalmente relativizada pela subjectividade da avaliação possível num quadro de grande complexidade e de incerteza estrutural⁴⁶ e adquire, por essa via, uma flexibilidade de aplicação que, em termos práticos, pode não diferir substancialmente da *abertura* típica da aplicação dos princípios da igualdade ou da proporcionalidade.

Nesse sentido, e na realidade dos resultados produzidos, a vantagem garantista que o "*no creditor worse off*" acrescenta ao que resultaria estritamente da aplicação a uma intervenção restritiva em direitos fundamentais das garantias de Estado de Direito proporcionadas pelo princípio da igualdade e pelo princípio da proibição do excesso, pode acabar por ser, dependendo da avaliação financeira que vier a ser realizada, mais aparente que real.

Em todo o caso, a nosso ver, a resposta àquela objecção/dúvida incidente sobre a justificação de adopção de um princípio tão garantista dos interesses patrimoniais de accionistas e de credores por parte do legislador europeu e do legislador nacional, reside, por um lado, no facto de com ela se pretender assegurar, como dissemos, a plena estabilidade dos efeitos jurídicos decorrentes do desencadeamento de um processo de resolução de uma instituição de crédito. Ou seja, a garantia da compensação financeira assegurada ao abrigo do novo princípio constituiria a *derradeira blindagem* de todo o processo de resolução contra a eventual instabilidade potencialmente gerada pela conflitualidade jurídica e tendência para a litigância correntes no meio.

A instituição da garantia do "*no creditor worse off*", só por si, não significa que a conflitualidade seja totalmente eliminada, mas, com uma garantia tão inequívoca e potencialmente apta a prevenir quaisquer situações de desrazoabilidade pontual não especificamente previstas nas medidas de resolução –e que podem efectivamente ocorrer–, a potencialidade disruptiva da consolidação dos efeitos jurídicos produzidos com base no fundamento da eventual ofensa inconstitucional dos direitos fundamentais de accionistas e credores fica praticamente *reduzida a zero*.

⁴⁵ Cf. V. de Serière/D. van der Houwen, "No creditor worse off" in case of bank resolution: food for litigation?", *cit.*, págs. 376 e seg.

⁴⁶ Cf., assim, K-P Wojcic, "The significance and limits of the "no creditor worse off" principle for an effective bail-in" in *ECB Legal Conference*, 2015, págs. 257 e segs.; V. de Serière/D. van der Houwen, "No creditor worse off" in case of bank resolution: food for litigation?" in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2016, 7, pág. 376, págs. 379 e segs.

Por outro lado, o sentido útil da instituição do "*no creditor worse off*" tem ainda uma última justificação atinente ao momento da intervenção da deliberação de resolução. Como se viu, a racionalidade e utilidade do processo seriam definitivamente comprometidas se ela não ocorresse em momento precoce, quando a crise da instituição não está abertamente declarada e a deterioração da situação não se apresenta publicamente com um carácter de irreversibilidade.

Porém, toda a racionalidade subjacente ao processo de resolução poderia ser frustrada se, por razões de Estado de Direito, a eficácia das deliberações de resolução dependesse de um controlo judicial *ex ante* que poderia comprometer todo o respectivo desenvolvimento. Então, a garantia última de existência de uma compensação, devida em caso de verificação de um prejuízo real para os accionistas e credores não *salvos* por decisões de transferência ou alienação para uma instituição de transição ou para um comprador, ou chamados a recapitalizar a instituição, permite reservar a intervenção judicial para um controlo *a posteriori* da legalidade dessas decisões, sem que com essa dilação se viole o direito de acesso à justiça e a um julgamento equitativo⁴⁷.

II RESPOSTA ÀS CONCRETAS QUESTÕES DE CONSTITUCIONALIDADE SUSCITADAS NA CONSULTA

Vamos, nesta segunda parte, responder sucessivamente a cada uma das questões de constitucionalidade colocadas na Consulta, mas, por uma questão de sistematização e de mais adequada compreensão do que verdadeiramente está a ser questionado, agruparemos os problemas, dúvidas e alegações relativos a eventuais inconstitucionalidades em dois grandes grupos: eventuais inconstitucionalidades orgânico-formais, incluindo aí a alegada violação do princípio da separação de poderes, e eventuais inconstitucionalidades materiais.

No fundo, o que se pretende saber é se o regime jurídico de resolução das instituições de crédito que vigorava, entre nós, ao tempo da aprovação da Deliberação do Banco de Portugal de 3 de Agosto de 2014, que decidiu a resolução do Banco Espírito Santo, SA (BES), e que foi essencialmente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, com as alterações e aditamentos introduzidos pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, padece de alguma inconstitucionalidade, seja por violação de alguma norma ou princípio constitucional que regula a separação de poderes entre os vários órgãos e a distribuição de competências legislativas, seja por violação de algum direito fundamental ou princípio constitucional próprio de Estado de Direito.

Por último, vem igualmente questionada a constitucionalidade material da própria Deliberação de Resolução aprovada pelo Banco de Portugal.

⁴⁷ Cf. H. Malek/S. Bousfield, "Bad banks and the "No Creditor Worse Off" compensation scheme" in *Journal of International Banking and Financial Law*, 2016, pág. 340.

Assim, trataremos sucessivamente das eventuais inconstitucionalidades orgânico-formais (1), das eventuais inconstitucionalidades materiais (2) e, por fim, da eventual inconstitucionalidade da Deliberação de 3 de Agosto do Banco de Portugal (3).

1 Dúvidas sobre inconstitucionalidades orgânico-formais no regime de resolução

De acordo com a Consulta, vêm sendo suscitadas algumas dúvidas sobre inconstitucionalidades de natureza orgânico-formal, que afectariam pretensamente o Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, por se tratar de diploma aprovado pelo Governo sem a suposta necessária autorização legislativa da Assembleia da República (1.1), mas também o Decreto-Lei nº 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, por falta de densidade normativa e por ter pretensamente excedido ou contrariado os limites substanciais da lei de autorização legislativa ao abrigo da qual foi aprovado (1.2) e a própria lei de autorização legislativa, a Lei nº 58/2011, de 28 de Novembro, por incumprimento das exigências constitucionais quanto aos limites substanciais que uma lei desse tipo deve obrigatoriamente incluir (1.3).

Vejamos se as referidas alegações são juridicamente sustentáveis.

1.1 Inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto: eventual violação da reserva relativa de competência da Assembleia da República delimitada nas alíneas b) e l) do artigo 165.º/1 da Constituição da República Portuguesa

- a) Trata-se aqui de saber se, com as alterações que introduziu no RGICSF, o Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, *invadiu* área de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República delimitada no artigo 165º, nº 1, da Constituição, segundo o qual é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre *direitos, liberdades e garantias* (alínea b)) e sobre *meios e formas de intervenção, expropriação, nacionalização e privatização dos meios de produção e solos por motivo de interesse público, bem como critérios de fixação, naqueles casos, de indemnizações* (alínea l)).

Não tendo havido autorização legislativa, uma vez que o referido Decreto-Lei foi elaborado ao abrigo de competência própria do Governo (artigo 198º, nº 1, alínea a), da Constituição), tudo residirá em determinar se, para legislar no sentido com que o fez, carecia o Governo de correspondente autorização legislativa (artigo 198º, nº 1, alínea b), da Constituição).

- b) Sobre estas dúvidas cabe notar, em primeiro lugar, que as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, respeitam à alteração de normas do RGICSF que haviam sido criadas pelo Decreto-Lei nº 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que, por sua vez, fora precedido da autorização legislativa conferida pela Lei nº 58/2011, de 28 de Novembro. Então, as dúvidas decorreriam do facto de um decreto-lei feito no uso de autorização legislativa ter sido alterado por diploma elaborado ao abrigo da competência própria do Governo, o que, pretensamente, determinaria a inconstitucionalidade deste último. A suposta

inconstitucionalidade seria ainda mais ostensiva porque, como ocorreu, algumas disposições alteradas no diploma aprovado no uso de autorização eram simples reprodução de disposições constantes da própria lei de autorização.

Sobre estas alegações dir-se-á, no entanto, ser rotundamente erróneo pretender que, por tais factos, ou seja, por ter o Decreto-Lei nº 31-A/2012 sido aprovado no uso de autorização legislativa e em conformidade à lei de autorização (ou até reproduzindo algumas das suas disposições), então toda a alteração de uma qualquer das suas normas, e independentemente do sentido dessa alteração, careceria de correspondente autorização legislativa.

E seria evidentemente erróneo por duas razões.

Em primeiro lugar, tendo o Governo uma competência legislativa própria relativamente a matérias não reservadas à Assembleia da República (artigo 198º, nº 1, a), da Constituição), a autorização legislativa só será constitucionalmente exigida quando o Governo legislar em área competencialmente reservada à Assembleia da República.

Tratando-se, se for o caso, de matéria não incluída na reserva absoluta ou na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República e, portanto, respeitando a uma área em que o Governo dispõe de competência legislativa própria, poderá sempre o Governo legislar, respeitadas que sejam as competências legislativas regionais, independentemente de estar a alterar normas contidas em diploma feito no uso de autorização legislativa ou de estar a aditar novos elementos normativos a disposições constantes da lei de autorização.

Entender, por absurdo, diferentemente, seria pretender dar a *competência da competência* a uma lei ordinária da Assembleia da República (lei de autorização legislativa) e a um decreto-lei autorizado. Ou seja, seria reconhecer-lhes uma *competência constituinte* para fixarem a posterior competência legislativa do Governo, alterando, dessa forma, a distribuição de competências constitucionalmente estabelecida.

Isto é, segundo essa tese, manifestamente errónea, tudo o que o Governo incluisse em diploma feito ao abrigo de uma autorização legislativa, mesmo que não dissesse respeito a matéria reservada – e o Governo pode perfeitamente integrar disposições sobre matéria não reservada em diplomas feitos no uso de autorização legislativa e fá-lo habitual e abundantemente – passaria a ser, *ipso facto*, matéria de reserva de competência da Assembleia da República.

Seria, em segundo lugar, ostensivamente erróneo ainda a um outro título: porque o próprio Decreto-Lei nº 31-A/2012 *esclarece* que vai ser feito, é certo, no uso de autorização legislativa (artigo 198º, nº 1, alínea b), da Constituição), mas que também inclui matéria não reservada à Assembleia da República, e, por isso, logo deixa claro que vai ser aprovado também com fundamento no artigo 198º, nº 1, alínea a), da Constituição, ou seja, o fundamento constitucional referente à competência legislativa própria do Governo.

- c) Não menos erróneo seria concluir que todas as disposições contidas em lei de autorização legislativa vinculariam não apenas o decreto-lei feito no uso dessa autorização, como quaisquer outros decretos-leis. Obviamente não é assim.

É certo que, por força do artigo 112º, nº 2, da Constituição, os decretos-leis feitos no uso de autorização legislativa estão subordinados à respectiva autorização, mas, desde que não se trate de matéria reservada e, logo, o Governo possua competência própria para sobre ela legislar, o sentido dessa legislação não está sequer, de modo algum, condicionada pelo que a

Assembleia da República tiver disposto em anterior lei de autorização legislativa. Em matéria não reservada, essa lei condiciona, quando muito, o decreto-lei feito no uso de autorização, mas não, sob pena de frustração ilegítima da distribuição constitucional de competências legislativas, os futuros diplomas que o Governo venha a elaborar sobre ela. As leis de autorização só condicionam o respectivo decreto-lei autorizado, não quaisquer outros actos legislativos.

- d) Isto não significa, é certo, que tanto baste para não haver inconstitucionalidade orgânica ou para não haver lugar a dúvidas relativamente à questão colocada na Consulta e que aqui abordamos. Com efeito, tudo residirá em saber se as alterações produzidas pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, no RGICSF respeitam ou não a competência legislativa reservada à Assembleia da República. Já constituiria, contudo, erro elementar concluir que há inconstitucionalidade pelo simples facto de este Decreto-Lei ter alterado disposições contidas em diploma feito no uso de autorização legislativa ou, como o fez, ter aditado novos elementos em disposições daquele primeiro decreto-lei que reproduziam texto contido na lei de autorização.

Desde logo, há duas "alterações" contidas no Decreto-Lei nº 114-A/2014 relativamente às quais podemos de imediato, e de forma pacífica, concluir não suscitarem quaisquer dúvidas razoáveis de constitucionalidade a este propósito. Referimo-nos às alterações que o Decreto-Lei nº 114-A/2014 introduz no artigo 155º e no artigo 211º do RGICSF. Trata-se de "alterações" *forçadas* simplesmente, e tão só, pela alteração da numeração das disposições do RGICSF a que se referiam esses artigos: como o texto do anterior artigo 145º-F, nº 7, e 145º-F, nº 10, alínea b), passou agora a ser, respectivamente, o texto do artigo 145º-F, nº 8, e 145º-F, nº 11, alínea b), então, simplesmente, tal alteração motivou a alteração da referência que a essas disposições era feita nos artigos 155º e 211º do RGICSF.

Não houve nesses casos, portanto, qualquer alteração normativa introduzida pelos novos artigos 155º e 211º, mas apenas uma alteração dos respectivos enunciados normativos destinada a acolher formalmente a alteração de numeração de outras disposições, o que, naturalmente, não constitui matéria de reserva de competência da Assembleia da República.

Tal questão é tão mais pacífica quanto o Tribunal Constitucional já esclareceu, reiteradamente⁴⁸, que só se podem suscitar dúvidas fundadas de eventual inconstitucionalidade orgânica por violação da reserva de competência da Assembleia da República quando as normas em causa respeitarem a matéria reservada à Assembleia da República e, para o que aqui nos interessa, tiverem um carácter substancialmente inovatório na ordem jurídica.

Como se diz lapidarmente no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 211/2007, ponto 8 da Fundamentação:

"Todavia, de acordo com a jurisprudência reiterada do Tribunal, para que se afirme a inconstitucionalidade orgânica não basta que nos deparemos com produção normativa não autorizada do Governo em determinado domínio onde este órgão só poderia intervir com credencial parlamentar bastante. Com efeito, o facto de o Governo aprovar actos normativos respeitantes a matérias inscritas no âmbito da reserva relativa de competência da Assembleia da República não determina, por si só e automaticamente, a invalidação das normas que assim decretem, por vício de

⁴⁸ Cf., entre muitos, Acórdãos nº 340/05, 114/2008, 310/2009.

inconstitucionalidade orgânica. Desde que se demonstre que tais normas não criaram um ordenamento diverso do então vigente, limitando-se a retomar e a reproduzir substancialmente o que já constava de textos legais anteriores emanados do órgão de soberania competente, no seguimento de jurisprudência constitucional que remonta à Comissão Constitucional (Cfr., aliás com posição discordante, a indicação de JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, tomo V, págs. 234/235), vem o Tribunal entendendo não existir invasão relevante da esfera de competência reservada".

- e) De resto, apesar de não unânime na doutrina, a posição do Tribunal Constitucional é perfeitamente ajustada ao sentido da existência de uma reserva de competência legislativa parlamentar em Estado de Direito e da consagração do instituto das autorizações legislativas.

De facto, a reserva de competência da Assembleia da República relativamente ao Governo justifica-se por razões de legitimidade democrática e pelas características de especial transparência, publicidade e ambiente de discussão plural e democrática que o processo legislativo parlamentar apresenta comparativamente aos diplomas legislativos aprovados pelo Governo. Ora, se as normas em causa não traduzem uma qualquer inovação substancial na ordem jurídica, se se referem a questões de pormenor ou se limitam a reproduzir regimes ou princípios já vigentes na ordem jurídica, portanto, se não há qualquer vantagem marginal em as submeter necessariamente a aprovação da Assembleia da República, não há quaisquer razões para as invalidar por facto de pretensa invasão das competências legislativas parlamentares, sobretudo num sistema, como o nosso, em que o Governo é um órgão com competência legislativa própria e autónoma⁴⁹.

- f) Resta saber, e é essa a questão que vamos abordar, se também as outras alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, são igualmente irrelevantes para efeito da reserva de competência constitucionalmente atribuída à Assembleia da República ou se, ao invés, só poderiam ter sido produzidas com habilitação concedida por nova autorização legislativa.

Para esse efeito importa estabelecer previamente qual foi a matéria e o sentido das diferentes alterações ao RGICSF introduzidas pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014 para, em seguida, verificarmos se, com o alcance normativo que nelas vier a ser apurado, essas alterações *invadiram* ou não a área de reserva de competência legislativa de competência da Assembleia da República delimitada pelas alíneas b) e l) do nº 1, do artigo 165º da Constituição, como se nos pede na Consulta.

1.1.1 O sentido, extensão e alcance das alterações introduzidas no RGICSF pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto

- a) Para além das duas "alterações" ao RGICSF já mencionadas (aos artigos 155º e 211º), o Decreto-Lei nº 114-A/2014 introduz alterações aos artigos 145.º-B, 145.º-F, 145.º-H, 145.º-I e 153.º-M que, por sua vez, haviam sido integrados no RGICSF pelo referido Decreto-Lei nº 31-A/2012, de

⁴⁹ Cf., com desenvolvimento, Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., págs. 823 e segs, 872 e segs.

10 de Fevereiro, no uso de autorização legislativa conferida pela Lei nº 58/2011, de 28 de Novembro.

Estas alterações correspondem à intenção de transposição parcial para a ordem jurídica portuguesa da Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014. Como referimos *supra*⁵⁰, esta Directiva apresenta essencialmente duas novidades relativamente ao regime de resolução já em vigor em Portugal desde 2012: de um lado, a instituição do princípio "*no creditor worse off*" e, de outro, a criação de uma nova medida de resolução, a medida de recapitalização interna (o chamado *bail-in*), que procura dar cumprimento integral ao princípio de que os accionistas, em primeiro lugar, e, em seguida, os credores, devem ser chamados a assumir prioritariamente as perdas provocadas pela falência da respectiva instituição.

Ora, o Decreto-Lei nº 114-A/2014 faz uma transposição apenas parcial da *BRRD*, já que acolhe o princípio "*no creditor worse off*", mas, o que tem a maior importância no contexto desta Consulta, não transpõe a medida de resolução da recapitalização interna⁵¹. E tem a maior importância porque, atendendo ao teor desta medida de resolução –que importa na possibilidade de imposição unilateral da redução, eventualmente integral, das participações detidas no capital da instituição e de conversão forçada dos instrumentos de dívida em participação no capital–, a respectiva transposição, dado o carácter de intervenção restritiva da maior relevância no direito de propriedade e na liberdade de iniciativa económica privada que ela constitui, exigiria a correspondente prévia e necessária autorização legislativa.

- b) Não tendo a Directiva sido transposta nesse aspecto particular, o que teria exigido prévia autorização legislativa, vejamos, ainda assim, em pormenor, as alterações introduzidas no RGICSF pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014 para, em seguida, podermos apurar se respeitam ou não a matéria reservada à competência da Assembleia da República:

i) *Acolhimento do princípio "nenhum credor ficará em pior situação"*

Juntamente com a manutenção do princípio segundo o qual os accionistas da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição (artigo 145º-B, nº 1, alínea a)) e os credores os assumem de seguida de acordo com a respectiva hierarquia de prioridade (artigo 145º-B, nº 1, alínea b)) –que já constava, embora com diferenças formais no alinhamento e sistematização, do regime instituído pelo Decreto-Lei nº 31-A/2012, de 10 de Fevereiro–, consagra-se o referido "*no creditor worse off*", dispondo-se, na alínea c) do nº 1 do mesmo artigo, que "*nenhum credor da instituição de crédito pode assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação*". Consequentemente, no nº 3 do mesmo artigo, garante-se aos credores relativamente aos quais se verifique, no encerramento da liquidação, a ocorrência dessa eventualidade desvantajosa, o direito a receber a diferença através do Fundo de Resolução.

Ainda relacionado com a operatividade do acolhimento deste princípio, para efeitos do cálculo posterior do montante dos prejuízos eventualmente sofridos, passa a dispor-se no artigo 145º-F, nº 6, e no artigo 145º-H, nº 4, sobre a necessidade de uma avaliação estimativa

⁵⁰ Vd. I, 4.2.

⁵¹ Essa parte da Directiva só viria a ser posteriormente transposta através da Lei nº 23-A/2015, de 26 de Março.

do nível de recuperação dos créditos de cada classe de credores, de acordo com a ordem de prioridade estabelecida na lei, num cenário de liquidação da instituição de crédito em momento imediatamente anterior ao da aplicação das medidas de resolução.

ii) *Delimitação das obrigações insusceptíveis de transferência para o banco de transição*

No regime de resolução instituído pelo Decreto-Lei nº 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, tendo-se habilitado o Banco de Portugal a seleccionar os activos e passivos a transferir para o banco de transição (artigo 145º-H, nº 1), fez-se simultaneamente uma listagem de obrigações insusceptíveis de transferência, entre as quais se contam quaisquer obrigações contraídas pela instituição de crédito originária perante os respectivos accionistas (artigo 145º-H, nº 2, alínea a)).

Por sua vez, na nova redacção dessa disposição introduzida pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014, restringe-se o âmbito daquela delimitação negativa, no sentido de que passam a ser insusceptíveis de transferência, não todas as obrigações contraídas perante accionistas, como ocorria até então, mas apenas as contraídas perante accionistas cuja participação no capital social no momento da transferência seja igual ou superior a 2% do capital social; em sentido divergente, amplia-se aquela delimitação, no sentido de que no conjunto insusceptível de transferência passam a ser igualmente incluídas as obrigações contraídas perante pessoas ou entidades que nos dois anos anteriores à transferência tenham tido participação igual ou superior a 2 % do capital social.

iii) *Apoios e garantias a conceder pelo Fundo de Resolução e respectivos créditos*

Sem específica relevância jurídico-constitucional⁵², há ainda um conjunto de normas relacionadas com a autorização para apoios e garantias a conceder pelo Fundo de Resolução, bem como de créditos deste Fundo, do Fundo de Garantia de Depósitos e do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo (artigo 145º-F, nº 7, 9, 17, artigo 145º-H, nº 6, artigo 145º-I, nº 3, e artigo 153º-M, nº 2).

- c) Em síntese, concluindo sobre a natureza das alterações introduzidas no RGICSF pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014, diríamos que, para a dilucidação da questão da eventual inconstitucionalidade orgânica, são constitucionalmente relevantes, por um lado, as disposições do Decreto-Lei nº 114-A/2014 genericamente associadas à consagração do princípio "*no creditor worse off*" e, por outro, as disposições que delimitam negativamente os passivos insusceptíveis de transferência para o banco de transição.

Ora, quanto a este conjunto de alterações, e para efeitos da apreciação da eventual violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República –o que se fará a seguir verificando em que medida o conteúdo normativo das correspondentes alterações introduzidas no RGICSF respeita à área de reserva delimitado pelas alíneas b) e l) do nº 1, do artigo 165º da Constituição–, a nota mais relevante a assinalar é a de que as alterações em causa ou são substancialmente vantajosas para os accionistas e credores da instituição de

⁵² Esta só existiria se se partisse do princípio, todavia constitucionalmente insustentável, como demonstrámos, de que, por definição, bastaria uma norma constar de um decreto-lei feito no uso de autorização legislativa para não poder ser alterada a não ser por novo decreto autorizado. Cf., *supra*, II, 1, b) e c).

crédito originária, e, portanto, não constituem qualquer restrição do seu direito de propriedade e da liberdade de iniciativa económica privada, ou são neutras desse ponto de vista, isto é, não interferem com esses direitos fundamentais e, logo, também não assumem, por esse facto, natureza restritiva.

- d) No fundo, as normas referentes à consagração do princípio "*nenhum credor ficará em pior situação*" aquilo que fazem é declarar a plenitude de aplicação das garantias de Estado de Direito aos credores da instituição de crédito em liquidação, com um alcance insusceptível de deixar, a propósito da afectação dos interesses patrimoniais dos credores, quaisquer dúvidas de constitucionalidade.

Ou seja, ainda que se considere que essas garantias –decorrentes do princípio da proibição do excesso e do princípio da igualdade, tal como foram concretizadas, desde logo, no regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e dos poderes públicos por facto lícito– lhes seriam já aplicadas, com a concretização do princípio "*no creditor worse off*" no RGICSF, através do Decreto-Lei nº 114-A/2014, fica claro que os credores têm direito à correspondente compensação caso o processo de resolução os deixe em pior situação do que aquela em que se veriam colocados caso tivesse sido seguido o regime comum de insolvência. Portanto, aquilo que antes do Decreto-Lei nº 114-A/2014 já lhes poderia ser concedido, mas provavelmente só obteriam através de disputa judicial controvertida, é-lhes agora atribuído de forma inequívoca e, por isso, resultando em claro favorecimento da sua posição jurídica no processo.

- e) O mesmo se diga quanto à delimitação das obrigações contraídas pela instituição em liquidação perante os seus accionistas e que não podem ser transferidas para a instituição de transição. Se até à entrada em vigor do Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, todas elas eram insusceptíveis de ser transferidas, agora isso só ocorre com as dos accionistas com montante de participação no capital igual ou superior a 2%. Portanto, no conjunto dos accionistas, com a entrada em vigor do novo diploma, ninguém vê a sua situação desfavorecida e os accionistas com participação inferior a 2% vêem-na substancialmente melhorada. Não há, portanto, carácter restritivo na alteração a este respeito introduzida no RGICSF pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014.

É certo que, ainda quanto a este ponto, as obrigações contraídas perante ex-accionistas que nos dois anos anteriores à transferência tenham tido participação igual ou superior a 2% do capital social passam também a ser insusceptíveis de transferência.

Em todo o caso, do ponto de vista do eventual carácter restritivo desta alteração, qualificá-las como *neutra*, na medida em que não há, por facto da entrada em vigor do novo diploma, qualquer alteração da situação jurídica destas pessoas e entidades. Elas não tinham um qualquer "direito à transferência", mas, quando muito, tinham uma expectativa não juridicamente protegida de que tal pudesse vir eventualmente a ocorrer e que agora se extinguiu. Já o direito de crédito que tinham face à instituição de crédito em liquidação permanece inalterado, no sentido de que não há qualquer alteração da sua situação jurídica relativamente à instituição de crédito em liquidação.

É certo que, em termos fácticos, a sua situação pode ter piorado pelo efeito indirecto da permanência numa instituição com o valor depreciado, mas essa desvantagem não tem que ver com a alteração que agora consideramos –ela tem a ver com as normas do RGICSF que

permitem a transferência de activos e da continuidade da actividade da anterior instituição para o banco de transição e essas foram aprovadas por um diploma feito ao abrigo de autorização legislativa, o Decreto-Lei nº 31-A/2012, de 10 de Fevereiro – e, de resto, a desvantagem dela decorrente será compensada, nos termos analisados, através dos princípios de Estado de Direito aplicáveis.

- f) Assim, tendo presente a natureza e o alcance das alterações, com algum significado jurídico-constitucional, introduzidas pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014 no RGICSF e que acabámos de apurar, trata-se agora de perceber em que medida elas constituíram, ou não, uma invasão não constitucionalmente autorizada na área de competência legislativa reservada à Assembleia da República pelas alíneas b) e l) do nº 1, do artigo 165º da Constituição.

1.1.2 A eventual violação da reserva do artigo 165º, nº 1, alínea b)

- a) No artigo 165º, nº 1, alínea b), a Constituição reserva à Assembleia da República a competência para legislar sobre "direitos, liberdades e garantias", pelo que importa, em primeiro lugar, delimitar qual o alcance e a extensão dessa reserva a fim de, em seguida, concluirmos se o Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, a invadiu de forma não constitucionalmente autorizada.

Assim, e de acordo com o que apurámos quanto ao sentido das alterações introduzidas por este diploma, o que poderia estar em causa, por, de alguma forma, se relacionar com o conteúdo da referida reserva de competência (afecção de direitos, liberdades e garantias), seriam as normas que regulam a compensação devida aos credores por facto da desvantagem que lhes foi imposta com a opção pela resolução do banco, bem como as normas que alteram a delimitação das obrigações insusceptíveis de transferência para a instituição de transição.

Num e no outro caso, a regulação actuada através do Decreto-Lei nº 114-A/2014 de alguma forma afectava, em geral com um sentido vantajoso, mas eventualmente com um sentido neutral ou até parcialmente desvantajoso, o direito de propriedade dos credores e dos accionistas e ex-accionistas do banco em liquidação. Assim, importará apurar se, com o concreto sentido normativo atrás identificado, o Governo poderia ter legislado ou se, ao invés, só o poderia fazer dispondo da correspondente autorização legislativa.

- b) Diga-se em primeiro lugar, e diversamente do que poderia ser a impressão resultante de uma leitura imediata e superficial da norma constitucional, que não se pode entender como estando reservado à Assembleia da República, por força da norma do artigo 165º, nº 1, alínea b), tudo o que respeite de alguma forma, directa ou indirectamente, a *direitos, liberdades e garantias*.

De facto, se fosse assim, então daí decorreria que o Governo ficaria privado de quaisquer competências legislativas próprias. Na verdade, e tendo em conta a extensão e a abrangência do elenco de direitos integráveis na categoria "direitos, liberdades e garantias", não haveria praticamente diploma, incluindo os habitualmente aprovados, sem qualquer contestação, pelo Governo, que não contendesse, de algum modo, com aquela reserva, ou seja, que não respeitasse de algum modo a direitos, liberdades e garantias.

Para tanto, basta considerar a abrangência reconhecida a certos direitos integráveis na categoria *direitos, liberdades e garantias*, como o direito ao desenvolvimento da personalidade

(artigo 26º da Constituição), normalmente identificado com uma liberdade geral de acção, para se perceber que, sob pena de se frustrar a distribuição constitucional de competências –que reconhece o Governo como titular, por direito próprio, de uma significativa competência legislativa–, nem tudo o que respeite a *direitos, liberdades e garantias* deva ser considerado integrante daquela reserva de competência. Com efeito, essa interpretação privaria de sentido útil a competência legislativa atribuída constitucionalmente ao Governo, designadamente a constante do artigo 198º, nº 1, alínea a), da Constituição.

Então, para *escapar* à dificuldade colocada por esta excessiva abrangência dos *direitos, liberdades e garantias*, no que à reserva de competência diz respeito, a doutrina e o Tribunal Constitucional ensaiam estratégias de flexibilização daquele entendimento, integrando claramente na reserva da Assembleia da República as restrições a direitos fundamentais que assumam relevância significativa, mas dela excluindo a legislação que constitua mera regulamentação, conformação ou até condicionamento dos direitos em causa, mas sem assumir carácter restritivo de relevo⁵³.

- c) Ora, será precisamente essa a situação que se verifica com o primeiro conjunto de normas em apreço, através das quais o legislador não restringe, mas antes assegura, a efectividade do direito de propriedade dos credores, declarando a plena aplicabilidade das garantias de Estado de Direito na consagração do direito à compensação pelos prejuízos eventualmente sofridos, segundo o referido princípio "*nenhum credor ficará em pior situação*".

Da mesma forma, no que se refere ao outro conjunto de normas contidas no Decreto-Lei nº 114-A/2014, as atinentes à delimitação das obrigações insusceptíveis de transferência para a instituição de transição, elas significam também um benefício patrimonial para os accionistas, já que só as obrigações dos accionistas com participação igual ou superior a 2% –e não de quaisquer accionistas como até então ocorria– passam a ser insusceptíveis de transferência. Por sua vez, no que concerne às obrigações contraídas perante ex-accionistas, como atrás se demonstrou, a alteração tem carácter *neutral* do ponto de vista dos respectivos direitos fundamentais, isto é, não há alteração da posição jurídica destes credores relativamente à instituição em liquidação.

Com efeito, tais ex-accionistas mantêm o direito de crédito perante a instituição que contraiu a obrigação, ou seja, a sua situação jurídica não é alterada, pelo que, se é certo que viram afectada a anterior expectativa em serem *transferidos*, essa expectativa não era juridicamente protegida e, seguramente, muito menos poderia ser considerada integrante do seu direito de propriedade.

É certo que os interesses patrimoniais deste conjunto de particulares foi potencialmente afectado com a medida de resolução, já que a instituição obrigada viu o seu património depreciado com a transferência dos activos *não tóxicos* para a instituição de transição, mas esse eventual prejuízo não foi produzido nem a sua possibilidade foi criada pelo Decreto-Lei nº 114-

⁵³ Cf., para esta discussão, Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., págs. 872 e segs. Da nossa parte, sempre sustentámos, perante uma interpretação demasiado abrangente da reserva do artigo 165º, nº 1, alínea b), da Constituição, que se deveria recorrer à *teoria da essencialidade* desenvolvida com enorme sucesso pela doutrina e pela jurisprudência constitucionais germânicas, como critério geral determinante do que seria ou não abrangido pela reserva. Essa é a teoria que nos parece mais ajustada tendo em conta a justificação material da existência de reservas legislativas de competência parlamentar (cf. *supra*, 1.1, e)) e foi, no fundo, a posição que viria a ser adoptada também pelo Tribunal Constitucional, pelo menos no que se refere, como veremos, ao direito de propriedade e à liberdade de iniciativa económica privada que estão em causa nesta Consulta.

A/2014, mas antes pelas alterações no RGICSF introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro (feito com autorização legislativa) e, em última análise, enquanto credores, esse prejuízo será compensado, precisamente, através da aplicação do referido princípio "*no creditor worse off*" agora introduzido.

- d) Por outro lado, apesar de nos estarmos a referir aos direitos de propriedade de accionistas e de credores para efeitos de eventual afectação, por parte do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, da reserva do artigo 165º, n.º 1, alínea b), em rigor não é sequer líquida a integração desses direitos, para esse efeito, no conceito de *direitos, liberdades e garantias*. Com efeito, tanto o direito de propriedade como a liberdade de iniciativa económica privada se encontram consagrados na parte da Constituição referente aos direitos económicos e não aos direitos, liberdades e garantias, pelo que só apelando à sua configuração na sua eventual qualidade de *direitos análogos* a direitos, liberdades e garantias –de acordo com a previsão do artigo 17º da Constituição– a questão poderia ser juridicamente relevante.

Porém, mesmo admitindo a consideração dos direitos de propriedade e de livre iniciativa económica como *direitos análogos*, a sua integração na reserva do artigo 165º, n.º 1, alínea b), da Constituição, continua a ser problemática. De resto, doutrina qualificada, como seja o caso de Jorge Miranda⁵⁴, desde sempre tem rejeitado com veemência a aplicação do chamado regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias aos *direitos análogos*. E, apesar de o Tribunal Constitucional não ter aderido a essa posição, vem o Tribunal sustentando, em jurisprudência constante, que o regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias só é aplicável aos chamados *direitos análogos* quando está em causa o respectivo conteúdo essencial⁵⁵.

Como o Tribunal Constitucional reafirma lapidarmente no Acórdão n.º 62/2010:

"O Tribunal Constitucional tem mantido uma orientação próxima desta última tese, fazendo assentar o radical da diferenciação do regime competencial na regulação dos aspectos que contendem com o núcleo essencial dos «direitos análogos», por aí se verificarem as mesmas razões de ordem material que justificam a actividade legislativa parlamentar no tocante aos direitos, liberdades e garantias" (formulação do Acórdão n.º 373/91, disponível em www.tribunalconstitucional.pt) ou, de acordo com algumas concretizações, na regulamentação de aspectos materiais que traduzem "uma garantia de defesa dos cidadãos perante o Estado que é a relação típica de incidência dos clássicos direitos, liberdades e garantias" (cf. Acórdão n.º 78/86, publicado nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, 7.º vol., tomo II, pág. 702) ou que se prendem com a "realização do Homem como pessoa" (cf. Acórdão n.º 517/99, disponível em www.tribunalconstitucional.pt)."

- e) Ora, se já não era razoável pretender que o direito de propriedade dos credores e dos accionistas tinha sido afectado pelas normas integrantes do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, muito menos sustentável seria, ainda, a ideia de que estariam verificados, no caso, os pressupostos que exigiriam, de acordo com os critérios acabados de reproduzir, a activação da reserva relativa de competência da Assembleia da República prevista no artigo 165º, n.º 1, alínea b).

⁵⁴ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 6ª ed., Coimbra, 2015, págs. 300 e segs.

⁵⁵ Cf. as inúmeras referências em Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, cit., pág. 301.

Ou seja, seria evidentemente insustentável pretender que os dois conjuntos de normas referidos – os atinentes à consagração do princípio "*nenhum credor ficará em pior situação*" e à delimitação das obrigações insusceptíveis de transferência – afectam não apenas o direito fundamental de propriedade dos credores e dos accionistas, como também o respectivo núcleo essencial.

Independentemente das dificuldades em identificar e definir positivamente o que seja o *conteúdo essencial* de um direito fundamental, já será, todavia, pacífica a conclusão de que, no caso, não houve qualquer afectação do conteúdo essencial do direito de propriedade ou qualquer intervenção restritiva de relevo em direito fundamental que exigisse a activação da reserva de competência reservada do legislador parlamentar. Como demonstrámos atrás, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014 produziram um efeito vantajoso ou neutral no direito de propriedade de credores e de accionistas, pelo que em caso algum se pode sustentar terem afectado o respectivo conteúdo essencial.

- f) Que esta conclusão não é susceptível de gerar dúvidas consistentes, pode comprovar-se da leitura do Acórdão nº 491/02 do Tribunal Constitucional que não considerou violadora da reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República delimitada pela alínea b), do nº 1, do artigo 165º, da Constituição, norma aprovada pelo Governo, sem autorização legislativa, e que consagrava, com carácter inovatório, restrição directa dos direitos de propriedade dos sócios, na medida em que previa a possibilidade de aquisição potestativa, por parte da sociedade que detivesse mais de 90% do capital social de outra, das acções ou quotas pertencentes aos sócios livres da sociedade dependente, mediante declaração unilateral seguida da celebração da correspondente escritura.

Veja-se como o Tribunal chegou a essa conclusão:

"A norma cuja constitucionalidade é questionada consta de um diploma – o Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro – que foi aprovado pelo Governo, nos termos da alínea a) do n.º 1 do (então) artigo 201.º da Constituição. Pode, pois, perguntar-se se a norma do artigo 490º, n.º 3 desse Código padece de inconstitucionalidade orgânica por, constando de um decreto-lei aprovado sem autorização legislativa, tratar matéria de direitos, liberdades e garantias, em violação do disposto no (também então) artigo 168º, n.º 1, alínea b), da Constituição da República.

...

Ora, entende o Tribunal que, de qualquer modo, cabem necessariamente na reserva de competência legislativa da Assembleia da República, por força das disposições combinadas dos artigos 17º e 168º, n.º 1, alínea b), da Constituição da República, as intervenções legislativas que contendam com o núcleo essencial dos 'direitos análogos', por aí se verificarem as mesmas razões de ordem material que justificam a actuação legislativa parlamentar no tocante aos direitos, liberdades e garantias."

Importa, pois, averiguar se a norma em análise contende com essa dimensão, ou núcleo, essencial do direito de propriedade, ou com uma particular garantia contra a ablação daquele direito, aos quais se reconhece natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, para o efeito de a aprovação dessa norma dever ser considerada incluída na reserva de competência legislativa da Assembleia da República.

Se a norma em questão for qualificada como configurando uma "desapropriação" ou de "expropriação" (decerto, por utilidade particular) – por o exercício da faculdade nela prevista redundar num efeito "ablativo" da propriedade –, dificilmente se negará que o instituto ora em causa toca em cheio a "garantia" constitucional da propriedade privada. Não se estaria, nessa óptica, ao cabo e ao resto, perante situação estruturalmente diferente da que ocorre na "expropriação por utilidade pública" ou da que ocorria na remição da colónia. E, na verdade, há quem – como já se referiu – afirme que o artigo 490º, n.º 3, do CSC dá azo a "um verdadeiro acto de expropriação por utilidade particular". Nesta perspectiva, pôr-se-ia esta norma em causa na sua constitucionalidade orgânica, por tratar daquele núcleo essencial, ou daquela específica garantia, do direito de propriedade, aos quais é de reconhecer natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, e que estão, conseqüentemente, integrados na reserva relativa de competência legislativa parlamentar.

Afigura-se, porém, que esta primeira perspectiva – porventura mais imediata e directa – da norma *sub judicio* não pode, sem mais, ser acolhida.

...

O que vale por dizer – limitando a questão ao que ora importa – que há-de ser também em função do tipo de direito de que são titulares os accionistas minoritários, perante os restantes sócios, que caberá averiguar se uma norma que implica uma qualquer consequência relativa a esse direito, diz afinal respeito àquele conteúdo essencial, ou àquele garantia, "de natureza análoga" aos direitos, liberdades e garantias.

Pois bem: sem dúvida que, tal como outros direitos patrimoniais, as "partes sociais" são abrangidas pela tutela constitucional da propriedade privada. Mas esta circunstância não significa – como decorre do que acaba de ser referido – que o correspondente direito, ou os correspondentes direitos, sejam vistos à imagem e semelhança da *proprietas rerum*, para avaliar do significado dos "condicionamentos" ou "restrições" de que sejam objecto. Esta avaliação tem de ser feita tendo em conta a especificidade da titularidade desse tipo de direitos, e a partir da sua natureza própria, considerando, designadamente, a específica natureza de direitos corporativos, isto é, de direitos incindivelmente ligados (desde a sua génese até à sua extinção, passando por diversas vicissitudes que os podem atingir) a uma organização ou ente social.

...

Entendidas as coisas deste modo, torna-se claro que o instituto previsto no artigo 490º, n.º 3, do CSC não deve ser concebido como uma medida "expropriativa". O que está em causa é, antes, a *conformação* pelo legislador do próprio *alcance da titularidade de participações* (da "propriedade corporativa"), no plano das *relações privadas entre os accionistas* – ou seja, algo que, afinal, ainda respeita àquele mesmo conteúdo e natureza, e deve ser visto *no "interior"* dele. O regime do artigo 490º, n.º 3, do CSC, constitui, pois, um elemento conformador do alcance da titularidade sobre participações sociais – um elemento definidor dos limites dessa titularidade –, que, por outro lado, apenas toca a configuração *qualitativa* da específica "propriedade" em questão, e não o seu lado de *valor patrimonial*.

Ora, será que estamos aqui perante matéria relativa àquele núcleo essencial, ou àquele garantia, do direito de propriedade que são de considerar análogos aos direitos, liberdades e garantias, e aos quais é aplicável o regime destes?

Entende-se que é de responder *negativamente* a esta questão".

Portanto, o Tribunal Constitucional considera inequivocamente que a norma em causa é uma norma "restritiva" do direito de propriedade dos sócios, mas, atendendo aos condicionamentos internos deste direito, e não devendo ela, apesar das dúvidas a propósito, ser considerada como medida expropriativa, não considera tocado o conteúdo essencial do direito. No fundo, comparável com esta situação, seriam, não as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014, mas sim as constantes do diploma de 2012 que consagrou as próprias medidas de resolução e relativamente às quais se discute terem ou não um carácter "expropriativo". Obviamente, nunca poderiam, segundo esta mesma perspectiva, normas que, como as que apreciamos, têm um carácter vantajoso ou neutral relativamente ao mesmo tipo de direitos ser, de algum modo, consideradas como normas que afectam o conteúdo essencial do direito de propriedade e violadoras, por esse facto, da reserva de competência da Assembleia da República.

Logo, e em conclusão, o Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, não invadiu ilegitimamente a reserva de competência legislativa reservada da Assembleia da República delimitada pela alínea b), do nº 1, do artigo 165º da Constituição, pelo que não era exigível, com base nesse fundamento, uma correspondente autorização legislativa.

1.1.3 A eventual violação da reserva do artigo 165º, nº 1, alínea l)

- a) Diferentemente do que ocorria com a reserva instituída pela alínea b), do nº 1, do artigo 165º, relativamente à alínea l), que agora consideramos, os interesses relevantes protegidos –e que justificam a remissão da competência primária para a sua regulação para a Assembleia da República– já não são os direitos fundamentais e, designadamente, o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa económica privada, mas antes a garantia institucional que é constitucionalmente atribuída à propriedade dos meios de produção e solos relativamente à intervenção e apropriação públicas, reservando-se para a Assembleia da República, tanto a regulação primária sobre os meios e formas dessa intervenção, quanto a regulação sobre os critérios de fixação da indemnização dos proprietários quando elas ocorram.

Sobre o que significa a referência constitucional aos "meios e formas de intervenção", a doutrina coincide no reconhecimento de que o que está em causa na alínea l), do nº 1, do artigo 165º, aquilo que se reserva, não é qualquer tipo de intervenção, mas sim a intervenção restritiva ou ablativa na propriedade e na gestão de empresas privadas que assumam uma gravidade análoga à expropriação⁵⁶, ou seja, o que se reserva à competência da Assembleia da República é a regulação dos "requisitos de apropriação pública" de que se fala no artigo 83º da Constituição –e daí o paralelismo na terminologia utilizada nas duas disposições, no artigo 165º, nº 1, alínea l) e no artigo 83º.

- b) Tanto basta para perceber que não é disso que se ocupa o Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto. Os "requisitos de apropriação pública" e de intervenção restritiva análoga foram, sim, fixados e regulados através do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, e por isso esse diploma careceu da correspondente autorização legislativa.

Já o Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, não regula qualquer requisito, meio ou forma de intervenção restritiva, de expropriação ou de nacionalização de empresas privadas. No que poderia ter alguma relação, ainda que remota e indirecta com esses temas, o Decreto-Lei nº

⁵⁶ Cf. Jorge Miranda/Rui Medeiros, anotação ao artigo 83º da *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, págs. 62 e segs.

114-A/2014 apresenta um carácter vantajoso relativamente aos accionistas e não põe em causa ou sequer tem qualquer sentido inovatório quanto à sua situação jurídica como accionistas da empresa em liquidação.

Da mesma forma, não poderiam igualmente as disposições do Decreto-Lei nº 114-A/2014 sobre compensação dos credores no quadro da aplicação do princípio "*no creditor worse off*" ser, de alguma forma, confundidas ou relacionadas com a reserva que na alínea l), do nº 1, do artigo 165º da Constituição se faz relativamente aos critérios de fixação de indemnizações, já que os credores não são *proprietários*. Estes critérios estão reservados à competência legislativa da Assembleia da República, mas referem-se às indemnizações por facto do efeito ablativo directo produzido pela intervenção restritiva na propriedade da empresa, pela expropriação ou pela nacionalização dos meios de produção e solos e referem-se, portanto, no caso em apreço, quando muito às indemnizações eventualmente devidas aos accionistas e que não foram reguladas neste diploma⁵⁷.

As compensações devidas aos credores, que são de facto reguladas no Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, nada têm a ver com intervenção restritiva e indemnizações previstas na reserva do artigo 165º, nº 1, alínea l), da Constituição. Elas referem-se aos prejuízos sofridos no âmbito do direito fundamental à propriedade, garantido no artigo 62º da Constituição, por efeito colateral daquela intervenção e, relativamente a eventual reserva de competência, foram, enquanto tal, já atrás tratadas quanto à sua possível inclusão na delimitação feita pela alínea b), do nº 1, do artigo 165º⁵⁸.

- c) Portanto, e concluindo, o Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, não invadiu ilegitimamente a reserva de competência legislativa reservada da Assembleia da República delimitada pela alínea l), do nº 1, do artigo 165º da Constituição, pelo que não era exigível, com base nesse fundamento, uma correspondente autorização legislativa.

1.1.4 Conclusão

Com base na fundamentação expendida, pode-se concluir, sem margem razoável de dúvida, que o Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, não padece de inconstitucionalidade orgânica por eventual violação da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República instituída pelas alíneas b) e l) do nº 1, do artigo 165º da Constituição.

Com efeito, o diploma em causa não afecta restritivamente o direito de propriedade e a livre iniciativa económica privada, muito menos afectando o núcleo essencial desses direitos, pelo que, de acordo com a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional, não invade a área de reserva consagrada no artigo 165º, nº 1, alínea b), da Constituição. Tão pouco regula formas e meios de intervenção restritiva em meios de produção ou os critérios de fixação da

⁵⁷ Como veremos, já se poderiam suscitar dúvidas de constitucionalidade, a este propósito, se o legislador tivesse, nesta altura, ampliado a aplicação do princípio "*no creditor worse off*" também aos accionistas, uma vez que aí já poderia, de algum modo, essa ampliação ser configurada como incluída nos "critérios de fixação, naqueles casos, de indemnizações" de que fala o artigo 165º, nº 1, alínea l), da Constituição. Tal viria a ser feito, mas já através de lei aprovada pela Assembleia da República em 2015, a Lei nº 23-A/2015, de 26 de Março.

⁵⁸ Quanto à diferença, tal como acolhida pelo Tribunal Constitucional, entre a indemnização por efeito de intervenção restritiva na gestão ou na propriedade de empresas privadas e justa indemnização devida por restrição da propriedade em geral, cf. Jorge Miranda/Rui Medeiros, anotação ao artigo 83º da *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, págs. 66 e segs.

correspondente indemnização, pelo que também não interfere minimamente com a área de reserva de competência legislativa instituída pela alínea l), do nº 1, do artigo 165º.

A contraprova de que é assim e de que não há, sequer, lugar para suscitar, a propósito, dúvidas razoáveis, pode ser feita de duas formas.

Em primeiro lugar, imagine-se que não tinha havido aprovação do Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, e que, portanto, ele não tinha entrado em vigor antes da Deliberação de 3 de Agosto do Banco de Portugal. A pergunta que deve ser feita é a de se, nessa hipótese, haveria alguma intervenção restritiva do Banco de Portugal que, por inexistência daquele diploma, passasse a ser ilegal ou que não pudesse ter sido processada e desenvolvida exactamente da mesma maneira como na realidade ocorreu?

A resposta é inequivocamente negativa: tudo o que o Banco de Portugal fez podia ser exactamente feito, da mesma maneira e nos mesmos termos, sem risco suplementar de incorrer em ilegalidade por falta de apoio em qualquer conteúdo normativo introduzido pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto. Nenhuma das medidas tomadas pelo Banco de Portugal neste processo de resolução ficaria carecida de sustentação legal. Mais, o Banco de Portugal nem sequer necessitaria de alterar formalmente o texto da referida Resolução para atender à hipotética falta deste diploma.

Em segundo lugar, imagine-se que, por hipótese remota, o Tribunal Constitucional vinha a declarar a inconstitucionalidade orgânica das normas constantes do Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto.

Se isso acontecesse, mesmo que o Tribunal Constitucional não acautelasse os efeitos entretanto produzidos por este diploma, sendo repriminadas, conseqüentemente, as normas de 2012 que o Decreto-Lei nº 114-A/2014 alterou, tudo se passaria exactamente da mesma forma como ocorreu e a suposta inconstitucionalidade orgânica não produziria quaisquer conseqüências de ordem prática, exactamente porque nada do que o Banco de Portugal fez em termos de intervenção restritiva na propriedade e na gestão da instituição em liquidação e em termos de intervenção restritiva nos direitos fundamentais de credores e de accionistas teve como fundamento legal as alterações introduzidas no RGICSF pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto.

Essa é a razão de fundo por que tal diploma não carecia de autorização legislativa para ser aprovado pelo Governo e essa é, também, a melhor contraprova da justeza da fundamentação que sustentámos na resposta a este ponto da Consulta.

1.2 Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro

Contestar-se-á, todavia, face ao que acabámos de dizer, que a situação jurídica não seria essa, ou seja, que a eventual e remota declaração de inconstitucionalidade do diploma de 2014 não seria inócua porque as próprias normas repriminadas, as constantes do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, em que se fundamentaria a intervenção do Banco de Portugal, padeceriam, elas também, de inconstitucionalidade apesar de esse diploma ter sido feito no uso de autorização legislativa. É esta alegação que agora apreciamos.

1.2.1 Eventual violação da reserva de lei por falta de determinabilidade e densidade de regulação em domínio de direitos fundamentais

- a) Pergunta-se-nos se, "ao aditar o artigo 145.º-H, número 1, do RGICSF (norma que deverá ser lida à luz dos artigos 145.º-A e 145.º-B) sem ter supostamente densificado os critérios que devem presidir à selecção, pelo Banco de Portugal, das responsabilidades que devam ou não ser transferidas na sequência da aplicação de uma medida de resolução, é o Decreto-Lei n.º 31-A/2012 inconstitucional por violar o princípio da reserva de lei parlamentar, por estar em causa legislação que incide sobre matéria de direitos fundamentais".

Como se diz na Consulta e de acordo com a exposição que desenvolvemos na primeira parte, designadamente no ponto 5., as medidas de resolução, em geral, e as decisões de selecção de activos e de passivos a serem transferidos para uma instituição de transição, em especial, afectam direitos e interesses patrimoniais de accionistas e de credores da instituição em liquidação.

Na medida em que esses direitos e interesses estão protegidos por normas constitucionais de direitos fundamentais –mormente o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa económica privada–, então aquelas normas ordinárias que prevêem a possibilidade de adopção de medidas de resolução (artigo 145.º-C do RGICSF na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro) e que habilitam a autoridade de resolução, no caso o Banco de Portugal, a fazer a respectiva selecção de activos e responsabilidades a serem transferidos para a instituição de transição (artigo 145.º-H do RGICSF na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro) podem ser qualificadas como normas restritivas de direitos fundamentais, tanto em si mesmas quanto na medida em que habilitam o Banco de Portugal para as posteriores e correspondentes intervenções restritivas.

Neste sentido, aquelas normas devem observar os requisitos constitucionais exigidos para as restrições a direitos fundamentais e, na questão colocada na Consulta e agora em apreciação, trata-se de saber se a norma contida no artigo 145.º-H, nº 1, introduzida no RGICSF pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, observou os requisitos constitucionais de reserva de lei no que se refere à sua dimensão de exigência de suficiente determinabilidade.

- b) Constituindo, por razões de segurança jurídica, um requisito próprio de quaisquer leis em Estado de Direito, a exigência de determinabilidade é ainda especialmente premente quando se trata de normas restritivas de direitos fundamentais. É assim por razões atinentes à necessidade de observância do princípio constitucional da proibição do excesso (porque uma norma restritiva de direitos fundamentais de conteúdo indeterminado provoca tendencialmente um efeito inibitório do respectivo exercício que pode ir para além do constitucionalmente admissível), mas também por razões de reserva de lei e de separação de poderes que, dada a relevância do que está em jogo numa restrição a direitos fundamentais, apontam para a necessidade de ser o legislador democraticamente legitimado a estabelecer o essencial dos contornos, limites e alcance da respectiva restrição⁵⁹.

Com efeito, se uma norma restritiva de direitos fundamentais não cumpre as exigências de suficiente determinabilidade, então isso significa que, na prática, o conteúdo concreto da restrição acaba por ser definido, não pelo legislador, mas pela Administração quando actua a intervenção restritiva para que está habilitada genericamente pela norma restritiva. Por outro lado, se a norma restritiva não delimita suficientemente os parâmetros materiais a que deve estar sujeita a Administração quando procede à referida intervenção restritiva, então o próprio

⁵⁹ Para um desenvolvimento do sentido das exigências de determinabilidade das normas restritivas em Estado de Direito, cf. Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., págs. 769 e segs. e págs. 842 e segs.

poder judicial eventualmente chamado a verificar a legalidade dessa intervenção não dispõe de critérios materiais firmes para exercer um controlo judicial conforme aos ditames da separação de poderes em Estado de Direito democrático.

Resta, então, apurar, em resposta à questão colocada na Consulta, se o legislador, quando habilitou o Banco de Portugal a seleccionar as responsabilidades a transferir para a instituição de transição no curso de um processo de resolução (artigo 145º-H do RGICSF na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro) o fez em violação às exigências da reserva de lei e da separação de poderes atrás referidas, tendo em conta a alegação de que essa habilitação não teria sido acompanhada de qualquer indicação sobre os critérios materiais orientadores das escolhas a fazer pelo Banco de Portugal.

- c) Para responder fundadamente a tal questão, não podem ignorar-se, recorrendo ao que já escrevemos a este propósito⁶⁰, as pressões objectivas divergentes com que o legislador se defronta na observância do comando da suficiente determinabilidade e densidade normativa das normas restritivas.

Muitas vezes, a lei habilitante de futuras intervenções restritivas a realizar pela Administração não pode ou não deve ir além de uma habilitação subjectiva genérica ou de uma vaga orientação só muito limitadamente condicionante da margem decisória e do sentido da posterior intervenção administrativa restritiva.

É que à exigência de densidade normativa da lei restritiva contrapõe-se, frequentemente, a necessidade de remeter para avaliações de caso concreto a decisão administrativa sobre a melhor forma de prossecução do interesse público nas condições do contexto em que se verifica a intervenção restritiva. No interesse da realização otimizada dos direitos fundamentais, um excessivo e prévio constrangimento da Administração, feito em abstracto e sem lhe deixar margem para uma decisão adequada às condições de facto, pode resultar em próprio prejuízo de uma necessária protecção dinâmica dos direitos fundamentais.

Da exigência de densidade normativa não pode pretender extrair-se uma imposição de o legislador esgotar toda a ponderação que haja a fazer no domínio da aplicação e realização concreta dos direitos fundamentais e de retirar, conseqüentemente, à Administração qualquer margem de decisão no domínio das restrições aos direitos fundamentais. Como diz Vieira de Andrade⁶¹, é necessária "uma certa porosidade legal que permita a respiração administrativa". De facto, uma concepção de reserva de lei que identificasse abusivamente quaisquer poderes discricionários ou margem não heterodeterminada da Administração como um mal incompatível com o Estado de Direito ou que nele só seria tolerado residualmente, conduziria, não apenas a uma violação da dimensão positiva do princípio da separação de poderes por sobrecarga do legislador, e, conseqüentemente, do poder judicial, relativamente à Administração, como conduziria, em última análise, à violação das exigências da proporcionalidade e da justiça de caso concreto, já que impediria a Administração de discernir, porque isso só pode ser feito no caso concreto, quando e quanto é necessário restringir um direito fundamental para salvaguardar um outro direito fundamental ou bem carente de

⁶⁰ Cf. Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., págs. 843 e segs, cujo sentido e texto aqui seguimos de perto.

⁶¹ "Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria" in AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, pág. 8.

protecção jurídica em ordem a uma adequada composição ou optimização de realização dos bens em conflito.

A natureza do tipo de problemas práticos difíceis que aqui se suscitam, a sua dependência estrutural de avaliações caso a caso e de ponderações *ad hoc*, bem como a vinculação directa da Administração pelos direitos fundamentais determinam uma inflexão da visão clássica da relação entre legislador e Administração no domínio dos direitos fundamentais, com uma revalorização substancial das funções desta última e reconhecimento do seu papel activo, seja na interpretação de leis que, apesar de cumprirem os requisitos de densidade exigíveis, abrigam diferentes possibilidades de interpretação, seja na realização de valorações e de ponderações de bens que vêm implicadas na utilização, por parte do legislador, de conceitos jurídicos indeterminados, de atribuição de poderes discricionários ou de remissão expressa para avaliações de caso concreto.

A relativa indeterminação ou falta de densidade da norma habilitante procura, em última análise, e acutelado que esteja o necessário respeito dos direitos fundamentais que tem sempre de ser pressuposto na consequente actuação da Administração, propiciar a realização optimizada do interesse público nas circunstâncias do caso concreto, o que, sem prejuízo de orientações gerais e da fixação de objectivos de que o legislador se deve encarregar, acaba por ser tarefa essencialmente dependente dos juízos de valoração, de ponderação e de prognose do aplicador da norma restritiva.

Isto mesmo foi expressamente reconhecido pelo Tribunal Constitucional em diferentes Acórdãos⁶² em que aprofundou o sentido das exigências constitucionais de determinabilidade e de densidade das normas restritivas de direitos fundamentais, recorrendo, precisamente, a apoio teórico na posição que sustentamos.

- d) Além do mais, no caso em apreço não se pode sequer dizer que o legislador tenha prescindido de densificar os critérios que presidem à segregação e selecção de responsabilidades da instituição em liquidação que devam ser transferidos para a instituição de transição.

É certo que esses critérios não vêm imediatamente reproduzidos na mesma disposição que habilita o Banco de Portugal a proceder à referida selecção, o artigo 145º-H, nº 1. Porém, de forma mais genérica ou mais concretizada, pela positiva ou pela negativa, encontramos no Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, uma suficiente enumeração de critérios que devem orientar a selecção de responsabilidades a transferir e de limites que condicionam de forma muito pormenorizada a margem de decisão do banco de Portugal nesse domínio.

- e) Desde logo, no próprio artigo 145º-H, nos seus números 2 e 3, o legislador condiciona e determina estritamente a margem de decisão do Banco de Portugal, enunciando todo um conjunto preciso e concretamente determinado de responsabilidades que não podem ser transferidas, bem como fixando limites atinentes à necessária existência de um equilíbrio entre valor de activos e de passivos objecto de transferência.

Por outro lado, no que se refere aos critérios orientadores da selecção das responsabilidades potencialmente elegíveis após aquela delimitação legal negativa, e tal como se diz na Consulta, o artigo 145º-H, nº 1, do RGICSF, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 31-A/2012,

⁶² Cf., com desenvolvimento, o Acórdão nº 155/2007 e o Acórdão nº 461/2011.

de 10 de Fevereiro, não pode ser lido desconsiderando a enumeração, a que noutras disposições do mesmo diploma se procede, dos objectivos que devem justificar a tomada de medidas de resolução pelo Banco de Portugal e dos princípios que devem presidir à respectiva implementação, incluindo aí, necessariamente, os actos de selecção de activos e de responsabilidades a serem transferidos.

Assim, quando o artigo 145º-A do RGICSF, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, enumera pormenorizadamente as finalidades que devem ser prosseguidas pelas medidas de resolução e simultaneamente se confirma, no artigo 139º na redacção introduzida pelo mesmo diploma, que a aplicação dessas medidas está condicionada à observância da adequação e da proporcionalidade, então isso significa, na interpretação conjunta das normas relevantes, que a referida selecção de responsabilidades por parte do Banco de Portugal deve ser apta, idónea e indispensável à realização dos fins de *assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais, acautelar o risco sistémico, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e salvaguardar a confiança dos depositantes*.

- f) Não é, no entanto, possível ou, pelo menos, não seria adequada, a prévia fixação, pelo legislador, de prioridades e de precedências na prossecução destes objectivos ou de um mais estrito condicionamento das opções concretas a fazer pela autoridade de resolução. A natureza das opções estratégicas de resolução, a escolha do momento da intervenção e a configuração concreta das medidas de resolução impõem a necessidade de atribuição de uma ampla margem de avaliação e de decisão à autoridade administrativa responsável. Muito dificilmente, e só com um indesejável incremento dos riscos de uma inadequada rigidez nos processos de resolução, se poderia ir mais longe na densificação dos critérios que devem presidir à actuação do Banco de Portugal. Como se diz na citada Directiva 2014/59/UE, "os objetivos da resolução assumem igual importância e as autoridades de resolução devem ponderá-los em função da natureza e das circunstâncias de cada caso" (artigo 31º, nº 3).

Naturalmente, há uma dimensão de avaliação técnica, de ponderação de riscos e de juízo de prognose sobre os efeitos que serão provavelmente produzidos por uma decisão de selecção de responsabilidades a transferir na prossecução daquelas finalidades que não podem deixar de estar incluídas na margem de decisão do Banco de Portugal. Sendo certo que uma decisão de transferência favorece sempre o interesse patrimonial de alguém, na exacta medida em que desfavorece o interesse de quem foi *deixado para trás*, toda a prévia sobredeterminação legislativa das avaliações a realizar pelo Banco de Portugal nas circunstâncias do caso concreto poderia pôr em causa, não apenas a optimização da realização do interesse público, como a referida necessidade de protecção dinâmica dos direitos fundamentais.

É essa particular natureza de dependência essencial de uma avaliação de caso concreta que explica a opção do legislador no Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro. Que não se tratou de uma opção tomada inadvertidamente ou determinada por circunstâncias particulares de urgência, mas que constitui, sobretudo, uma consequência das exigências impostas pela natureza especial de decisões estruturalmente condicionadas pelas circunstâncias do caso concreto, comprova-se ulteriormente do facto de, tanto a Directiva 2014/59/UE, como a legislação nacional que a transpõe para a ordem jurídica nacional, reproduzirem, no essencial, quanto à ampla margem de avaliação que conferem à autoridade de resolução, as opções que haviam sido seguidas no Decreto-Lei n.º 31-A/2012.

Ainda assim, as exigências de adequação, de aptidão e de idoneidade de uma determinada medida para prosseguir os objectivos referidos não são os únicos condicionamentos legislativamente impostos à actuação do Banco de Portugal quando procede à referida selecção, já que o mesmo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, impõe, por força da adopção dos princípios vertidos no artigo 145º-B do RGICSF, que o Banco de Portugal *deve procurar assegurar que os accionistas da instituição de crédito, bem como os credores, assumem prioritariamente os seus prejuízos, de acordo com a respectiva hierarquia e em condições de igualdade dentro de cada classe de credores*, o que constitui, simultaneamente, critério objectivo orientador da Administração e parâmetro utilizável no eventual controlo judicial da legalidade da referida selecção de responsabilidades.

- g) Concluindo, entendemos, por isso, não haver violação das exigências próprias de Estado de Direito, designadamente as impostas pela reserva de lei e pela separação de poderes, por facto de um alegado défice de determinabilidade e de densificação de critérios orientadores das decisões do Banco de Portugal na selecção de responsabilidades tomadas ao abrigo do artigo 145º-H, nº 1, do RGICSF, na redacção aprovada pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro.

Com efeito, as exigências de determinabilidade e de densificação das normas restritivas de direitos fundamentais não podem ser vistas em abstracto e indiferenciadamente, mas são essencialmente condicionadas, na sua concretização, pela própria natureza das intervenções restritivas para que habilitam a Administração. Ou seja, se há situações em que a actuação restritiva da Administração carece de um enquadramento legislativo denso e pormenorizado, outras há, como no caso em apreço, em que a prossecução otimizada do interesse público e a própria necessidade de protecção dinâmica dos direitos fundamentais exige a atribuição de uma ampla margem de avaliação, de ponderação e de decisão às autoridades responsáveis pela intervenção restritiva.

Por outro lado, como se viu, no caso das decisões do Banco de Portugal em apreciação, elas estão suficientemente determinadas pela prévia fixação legislativa de todo um conjunto pormenorizado de responsabilidades que não podem ser transferidas, bem como, no que se refere à selecção dentro das potencialmente elegíveis, através da enunciação dos fins a prosseguir e dos princípios orientadores do desenvolvimento dos processos de resolução que se aplicam igualmente, por definição, à referida selecção de responsabilidades.

1.2.2 Eventual desconformidade com a lei de autorização legislativa

- a) Pergunta-se-nos se "o Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que alterou o RGICSF, padece de inconstitucionalidade orgânica (ou de ilegalidade qualificada), em especial no que diz respeito aos n.ºs 2 e 3 do artigo 145.º-H, por alegadamente exceder o âmbito de autorização legislativa presente na Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro?"

Subjacentes à alegação de inconstitucionalidade e/ou de ilegalidade referidas neste ponto da Consulta podem estar, no que se refere à hipótese de inconstitucionalidade, os dois seguintes fundamentos. Em primeiro lugar, a ideia de que nos números 2 e 3 do artigo 145º-H do RGICSF, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, se dispõe sobre matéria de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República para cuja aprovação o Governo não dispunha da necessária autorização legislativa, já que não haveria na Lei nº 58/2011, de 28 de Novembro, a respectiva autorização. Por sua vez, no que

se refere à hipótese de ilegalidade qualificada ou de inconstitucionalidade indirecta, estará a ideia de que o disposto nos referidos números 2 e 3 do artigo 145º-H contraria o sentido da autorização legislativa conferida pela Lei nº 58/2011, de 28 de Novembro, especialmente, supõe-se, o sentido normativo contido no seu artigo 5º, nº 11, alínea a).

Porém, qualquer destas alegações assenta em pressupostos equivocados. Como vamos procurar demonstrar, nem o Governo carecia de autorização legislativa para criar as normas contidas nos números 2 e 3 do artigo 145º-H do RGICSF, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, nem o que aí se dispõe contraria o disposto na lei de autorização legislativa.

- b) Quanto à eventual ausência de autorização para legislar, diga-se, em primeiro lugar, que aquilo a que se procede no artigo 145º-H, nºs 2 e 3, é à limitação da margem de decisão do Banco de Portugal e não à restrição de quaisquer direitos fundamentais de accionistas ou de credores da instituição de crédito em liquidação. De facto, quando ali se dispõe que o Banco de Portugal não pode transferir um conjunto de responsabilidades para a instituição de transição, tudo o que se faz, em termos jurídicos, é manter inalterada e inalterável a situação jurídica existente no que se refere ao conjunto de créditos aí referidos, assegurando que o Banco de Portugal não pode em circunstância alguma transferi-los para outra instituição, isto é, não pode *tocar-lhes*.

As obrigações em causa foram constituídas pela instituição em liquidação e tudo o que se diz nas referidas normas arguidas de inconstitucionalidade orgânica é que, na medida em que o Banco de Portugal não pode transferi-las para outra instituição, continua a ser a instituição que originariamente as constituiu, na situação jurídica em que se encontrar, a ser responsável pela respectiva satisfação. A situação jurídica dos credores em causa não é minimamente alterada por aquelas normas e ainda menos estão os seus direitos a ser restringidos.

Ninguém, com efeito, tem um qualquer direito a *ser transferido* para a instituição de transição, ou seja, ninguém tem um direito a ser *salvo* das consequências da falência da instituição. Tão pouco esse pretenso direito estaria contido no direito de propriedade dos credores da instituição em liquidação e, muito menos ainda, faria parte do conteúdo essencial desse direito de propriedade⁶³.

- c) Ora, como se viu atrás⁶⁴, não há dúvidas –tanto para a doutrina como para a jurisprudência do Tribunal Constitucional– de que a única condição que permitiria considerar a matéria em causa integrada na reserva delimitada pelo artigo 165º, nº 1, alínea b), da Constituição, seria considerar o direito fundamental de propriedade dos credores afectado no seu conteúdo essencial. Porém, no caso em apreço, haveria uma impossibilidade lógica de tal ocorrer, uma vez que tudo o que as normas arguidas de inconstitucionalidade fazem é dizer que os direitos daqueles credores se mantêm juridicamente inalterados.

O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, mas aí ainda, se possível, com uma maior evidência, quanto à eventual integração da matéria em causa, isto é, a matéria especificamente regulada pelos números 2 e 3 do artigo 145º-H do RGICSF, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º

⁶³ Menos ainda, mas quanto a esse ponto sem qualquer influência na questão jurídico-constitucional competencial que agora apreciamos, se deveria considerar terem os responsáveis e beneficiários, directos ou indirectos, da deterioração financeira da instituição em falência um qualquer direito fundamental a serem *salvos* pelo Banco de Portugal.

⁶⁴ Cf. *supra*, II, 1.2.

31-A/2012, na reserva relativa de competência legislativa instituída pela alínea l), do n.º 1, do artigo 165.º da Constituição. Ou seja, a matéria em causa não respeita à habilitação para intervenção restritiva na instituição em liquidação e tudo o que, no Decreto-Lei n.º 31-A/2012, respeita a intervenção restritiva nos direitos de propriedade dos accionistas foi objecto da necessária autorização legislativa.

Portanto, e concluindo quanto a este ponto, não há inconstitucionalidade orgânica dos números 2 e 3 do artigo 145.º-H do RGICSF, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, na medida em que a matéria por eles regulada –a limitação da margem de escolha do Banco de Portugal na selecção das responsabilidades a serem transferidas para uma instituição de transição, no sentido de garantir a inalterabilidade jurídica de responsabilidades assumidas pela instituição em liquidação– integra o âmbito da competência legislativa própria do Governo, a delimitada pelo artigo 198.º, n.º 1, alínea a), da Constituição.

Assente esta verificação, não haveria sequer necessidade de considerarmos se o disposto nos números 2 e 3 do artigo 145.º-H do RGICSF, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, contraria o sentido normativo da autorização legislativa conferida ao Governo pela Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro, mas, e só na medida em que a questão nos é colocada na Consulta, vamos também apreciá-la.

- d) A dúvida de *ilegalidade qualificada* subjacente à questão colocada na Consulta refere-se à eventual desconformidade entre as normas arguidas de ilegalidade do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, e o disposto na lei de autorização legislativa, mais concretamente a autorização que nela foi dada ao Governo para regular a transferência parcial ou total da actividade da instituição em liquidação para um banco de transição, incluindo aí a faculdade de o Banco de Portugal poder determinar a transferência, parcial ou total, de activos e passivos⁶⁵.

O ponto controvertido refere-se ao facto de, ao abrigo desta autorização, o Governo ter conferido ao Banco de Portugal o poder de determinar a transferência, parcial ou total de activos e passivos para um banco de transição⁶⁶, mas, e aí residiria a pretensa ilegalidade, ter simultaneamente discriminado que tipo de obrigações contraídas pela instituição em liquidação e de outros instrumentos de crédito equiparados a capital próprio que não poderiam ser transferidos e que eram, no geral, as obrigações contraídas pela instituição em liquidação perante accionistas, membros da administração, seus familiares, revisores oficiais de contas, pessoas que tenham sido responsáveis ou retirado benefícios da respectiva situação de deterioração financeira, bem como, ainda, as obrigações subordinadas equiparadas juridicamente a participação no capital e utilizados no cômputo dos fundos próprios (artigo

⁶⁵ Cf. artigo 5.º, n.º 11, alínea a), da Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro:

"Fica o Governo autorizado, para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 3, a regular a transferência parcial ou total da actividade para um ou mais bancos de transição, a estabelecer o regime dos bancos de transição e a atribuir competência ao Banco de Portugal para definir as regras aplicáveis à criação e ao funcionamento dos bancos de transição, nos seguintes termos: a) O Banco de Portugal pode determinar a transferência, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão das instituições para um ou mais bancos de transição para o efeito constituídos, com o objectivo de permitir a sua posterior alienação a outras instituições autorizadas a desenvolver a actividade em causa".

⁶⁶ Cf. artigo 145.º-G, n.º 1, do RGICSF na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro:

"O Banco de Portugal pode determinar a transferência, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão de uma instituição de crédito para um ou mais bancos de transição para o efeito constituídos, com o objectivo de permitir a sua posterior alienação a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade em causa."

145º-H, números 2 e 3, do RGICSF, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro).

- e) Porém, a nosso ver, a alegação de *ilegalidade* por desconformidade do conteúdo normativo das disposições em causa do decreto-lei autorizado com as normas habilitadoras da lei de autorização não tem fundamento e parte de uma inadmissível confusão entre a função da lei de autorização –fixar o sentido e a extensão da autorização– e a função do decreto autorizado, que é a de legislar sobre a matéria objecto de autorização sem contrariar os limites substanciais contidos na respectiva lei.

Ora, quando na Lei nº 58/2011, de 28 de Novembro, se confere ao Governo poder para autorizar o Banco de Portugal a proceder à transferência "parcial" de passivos, tal envolve, necessariamente, a faculdade de proceder a uma selecção e a dúvida é se, nessa selecção, o Banco de Portugal deve possuir uma competência discricionária, ilimitada e incondicionada, ou se o Governo pode fixar balizas, desde que estas se situem, naturalmente, dentro do sentido e da extensão da autorização legislativa que lhe foi concedida.

Então, se quanto à possibilidade de o Governo/legislador poder estabelecer limites à Administração não restam dúvidas –de outra forma cair-se-ia inevitavelmente no paradoxo de, por um lado, *descobrir* uma inconstitucionalidade no suposto facto de o Governo não ter fixado limites ao Banco de Portugal, não densificando os critérios que devem pautar a sua actuação⁶⁷ e, simultaneamente, *descobrir* uma outra no facto de o Governo lhe ter fixado limites...– essas dúvidas já poderiam incidir sobre a pertinência do conteúdo dos concretos limites constantes do decreto-lei autorizado quanto à sua conformidade substancial com o sentido e a extensão da correspondente autorização legislativa.

- f) Todavia, também quanto a essa questão, a alegação de desconformidade relativamente ao sentido e extensão da autorização legislativa é inconsistente, pelas razões seguintes.

Quando no seu artigo 5º, nº 1, a Lei nº 58/2011, de 28 de Novembro, autorizou o Governo a criar legislativamente um regime de resolução das instituições de crédito, foi, entre outras razões, para prevenir "eventuais impactos negativos no plano da estabilidade financeira, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e a confiança dos depositantes". Ou seja, tal como se dizia na proposta de lei da respectiva autorização legislativa e de acordo com a estratégia cujo sentido abordámos desenvolvidamente na primeira parte, foi para romper com a lógica aparentemente inescapável do *too big to fail* que alimentava e estimulava accionistas e gestores das instituições de crédito a assumir irresponsavelmente riscos que lhes garantiam proventos vultuosos, sabendo que, no fim, seria o dinheiro dos contribuintes a *salvar* a instituição caída em falência por virtude daqueles comportamentos.

Assim, permitir que accionistas e equiparados, gestores e pessoas que, directa e indirectamente, foram responsáveis pela deterioração financeira da instituição e dela beneficiaram pudessem ser *salvos* pelo Banco de Portugal, seria, não apenas premiar o infractor e contribuir para estimular comportamentos análogos no futuro, como, por essa mesma razão, contrariar o espírito, a motivação e toda a racionalidade inspiradora da autorização legislativa, como contrariar também a sua própria letra, quando nela se diz que

⁶⁷ Cf. alegação de inconstitucionalidade *supra*, II, 1.2.1.

"fica o Governo autorizado a determinar que, no âmbito da aplicação de qualquer medida de resolução, o Banco de Portugal procura assegurar que os accionistas e os credores das instituições assumem prioritariamente os prejuízos em causa, de acordo com a respectiva hierarquia..." (artigo 5º, nº 2, da Lei nº 58/2011, de 28 de Novembro).

Ora, a limitação dos poderes do Banco de Portugal que é fixada negativamente pelo disposto no artigo 145º-H, números 2 e 3, do RGICSF, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, não é mais que procurar assegurar aqueles objectivos fixados na lei de autorização, no respeito deste último princípio orientador, incluindo a natureza da hierarquia para que ela remete.

Poderá, naturalmente, discordar-se da concreta delimitação negativa dos poderes do Banco de Portugal estabelecida no decreto-lei autorizado, considerando o respectivo mérito para atingir, de forma optimizada, os objectivos gerais que devem ser prosseguidos por uma medida de resolução.

Não pode é pretender-se que, tendo a Assembleia da República autorizado a Governo a atribuir ao Banco de Portugal poderes de transferência parcial de activos e passivos da instituição em liquidação para um banco de transição, deva o Governo-legislador ficar impedido de densificar os critérios que devem presidir à consequente necessária selecção de activos e passivos por parte da Administração, delimitando negativamente, na lei, a consequente margem de avaliação em conformidade aos objectivos e aos princípios orientadores acolhidos na lei de autorização.

- g) Concluindo, mesmo que se considerasse estar esta matéria reservada à competência legislativa da Assembleia da República e dever ser necessariamente objecto de autorização legislativa, não há no conteúdo normativo das disposições aprovadas pelo Governo qualquer desconformidade relativamente ao sentido e à extensão da autorização legislativa contida na Lei nº 58/2011, de 28 de Novembro.

1.3 Inconstitucionalidade da Lei nº 58/2011, de 28 de Novembro: eventual incumprimento das exigências do artigo 165º, nº 2, da Constituição

- a) Pergunta-se-nos "se a Lei nº 58/2011, de 28 de Novembro, é inconstitucional por desrespeitar as exigências de densificação e de determinabilidade que devem estar presentes nas leis de autorização legislativa".

Porém, esta dúvida de constitucionalidade tem subjacente o equívoco a que atrás fizemos referência, ou seja, a confusão entre a justificação funcional de uma lei de autorização, a que cabe fixar o objecto, o sentido e a extensão da autorização, e que tem como destinatário primário o Governo, e a função do decreto-lei autorizado, que verdadeiramente fixa o regime legal que passa a vigorar nas situações de vida abrangidas pela matéria objecto de autorização.

Portanto, aquilo que se pede constitucionalmente à lei de autorização (artigo 165º, nº 2, da Constituição) é que defina o objecto sobre que recai a autorização e, em seguida, predetermine o sentido político da legislação que vai ser emitida pelo Governo⁶⁸ e a respectiva amplitude⁶⁹,

⁶⁸ Cf. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, pág. 337.

⁶⁹ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, 4ª ed., 2010, pág. 344.

ou seja, deixe indicações que esclareçam qual a orientação que presidirá à legislação a criar pelo Governo e até onde pode o Governo ir nessa regulação.

A lei de autorização não incide directamente sobre as situações de vida e, por isso, não tem de ter uma determinabilidade e densidade que lhe permitam constituir critério ou parâmetro judicial de decisão dos conflitos jurídicos delas emergentes. A lei de autorização só pode projectar alguma eficácia na resolução desses conflitos através da intervenção legislativa do Governo⁷⁰ que, essa sim, tem de ser suficientemente densificada e determinada na respectiva regulação.

Logo, só poderia haver inconstitucionalidade da lei de autorização, por falta de cumprimento, como se diz na Consulta, das exigências de densificação e de determinabilidade, se da leitura dessa lei não pudéssemos concluir qual devesse ser o sentido político que se espera da legislação do Governo e não resultassem minimamente definidas as balizas daquilo que, no essencial, pode ou não o Governo fazer ao abrigo da autorização. No fundo, só haveria violação das imposições de determinabilidade e de densificação constantes do n.º 2, do artigo 165.º da Constituição, se, em termos substantivos, a lei de autorização não pudesse funcionar como parâmetro de controlo do essencial das opções políticas que o Governo expressa no correspondente diploma autorizado.

- b) Consequentemente, e como tem sido sustentado em jurisprudência constante do Tribunal Constitucional⁷¹, o conteúdo da lei de autorização legislativa cumpre as exigências de determinabilidade e de densificação impostas pela Constituição desde que permita reconhecer publicamente qual a perspectiva genérica das transformações que vão ser introduzidas no ordenamento jurídico por parte da posterior legislação que venha a ser aprovada pelo Governo ao abrigo dessa autorização. Ora, no caso, não pode deixar de se reconhecer que a percepção do sentido político de tal legislação resultava muito claramente do conteúdo da lei de autorização.

Não poderia, de resto, ser de outro modo quando se sabe que a lei de autorização consagra, quanto ao regime de recuperação e de resolução das instituições de crédito, o essencial dos objectivos, princípios e orientações políticas que constavam já da proposta de lei de autorização legislativa apresentada pelo Governo e que eram devidamente explicitados e desenvolvidos no anteprojecto de Decreto-Lei a ela anexado quando foi presente à Assembleia da República.

No fundo, e como demos conta na primeira parte, a proposta do Governo e o regime de resolução consequentemente instituído em Portugal, em 2012, correspondiam *grosso modo* aos objectivos, princípios e orientações do novo paradigma que inspirava os regimes de recuperação e de resolução das instituições de crédito que na altura se discutiam e preparavam nas instâncias internacionais, particularmente na União Europeia, e cuja elaboração era naturalmente acompanhada e participada pelo Governo português.

Por isso, quando a Assembleia da República aprovou a lei de autorização em causa, fê-lo com base na proposta de lei que lhe foi apresentada pelo Governo⁷² e que era acompanhada, em

⁷⁰ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, cit., págs. 414 e seg.

⁷¹ Cf. as respectivas indicações em Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, cit., pág. 345.

⁷² Cf. Proposta de lei n.º 16/XII (DAR II série A n.º 29/XII/1, 2.º Sup. 2011.09.15, págs. 2-53).

anexo, do anteprojecto de Decreto-Lei que viria depois a constituir, praticamente na íntegra⁷³, o Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro.

Portanto, a lei de autorização corresponde, *pari passu*, às propostas e intenções do Governo e delimita, de forma muito completa e pormenorizada, o objecto, o sentido e a extensão da futura legislação, não deixando qualquer dúvida consistente sobre quais eram os objectivos e a orientação do regime de resolução a instituir em Portugal. Como dissemos na primeira parte, com excepção da medida de recapitalização interna e do princípio "*no creditor worse off*", ainda ausentes, esse regime correspondia já ao essencial do regime que viria a constar da Directiva 2014/59/UE e essa consonância transparece claramente da Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro, especialmente do seu extremamente longo e detalhado artigo 5º sobre medidas de resolução.

- c) De resto, este procedimento de aprovação de autorizações legislativas por parte da Assembleia da República, correspondendo, em grande medida, ao conteúdo normativo do anteprojecto de Decreto-Lei autorizado que acompanha a iniciativa legislativa governamental, é muito frequente e, se bem que não constitucionalmente obrigatório, é porventura a razão que explica porquê não há, entre nós, situações de declaração de inconstitucionalidade de autorizações legislativas por parte do Tribunal Constitucional por falta de suficiente determinabilidade e densificação. É que, seguindo aquele procedimento-padrão, a Assembleia da República legisla já no conhecimento muito preciso daquilo que o Governo pretende fazer e pode enquadrar adequadamente e em conformidade, e correspondendo às exigências constitucionais, o sentido e a extensão da respectiva autorização legislativa.

Foi exactamente o que ocorreu neste caso concreto e nos permite concluir, sem margem de dúvida de constitucionalidade, que não há qualquer défice de determinabilidade e de densidade da Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro, no que se refere ao cumprimento das exigências fixadas no artigo 165º, n.º 2, da Constituição.

2 Dúvidas sobre inconstitucionalidades materiais no regime de resolução

As diferentes pretensas inconstitucionalidades materiais relativamente às quais se nos pede parecer fundamentam-se, todas elas, na alegação da existência de uma diferenciação de tratamento entre credores e accionistas das instituições de crédito em liquidação, com prejuízo dos últimos, e que teria sido introduzida ou mantida pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto.

Assim, pelo facto de não ter sido criado um específico mecanismo indemnizatório para os accionistas afectados negativamente pela imposição de medidas de resolução ou por não se lhes aplicar a cláusula de salvaguarda instituída para os credores, os accionistas das instituições de crédito em liquidação ficariam sujeitos a um regime mais gravoso que resultaria em violação da garantia do direito de propriedade consagrada no artigo 62º, n.º 2, da Constituição, bem como em

⁷³ Note-se que o Governo não estava, em qualquer caso, obrigado a manter na íntegra o texto do anteprojecto do Decreto-Lei apresentado em anexo à proposta de lei de autorização legislativa. Cf., assim, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, cit., pág. 343.

violação do princípio da igualdade, da garantia da generalidade e abstracção das leis restritivas, do princípio da proporcionalidade e do princípio da protecção da confiança.

Analisaremos especificamente, de seguida, cada uma dessas alegações nos termos em que tal nos foi pedido na Consulta.

2.1 Violação da garantia do direito de propriedade constante do artigo 62º, nº 2, da Constituição

- a) Pergunta-se-nos se "pelo facto de não prever um mecanismo indemnizatório para os acionistas na sequência da aplicação de uma medida de resolução, o RGICSF (ou, em especial, o artigo 145.º-I/4 do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, e mantido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto) viola o disposto no artigo 62.º/2 da CRP".

Aparentemente, como foi colocada, esta alegação significaria o seguinte: o regime de resolução conformado pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, e mantido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, não contém um mecanismo de indemnização aplicável aos accionistas da instituição de crédito na sequência da aplicação de uma medida de resolução; como a intervenção restritiva (medida de resolução) cuja possibilidade de ocorrência vem regulada no regime em apreço pode ser juridicamente qualificada como uma expropriação ou como uma intervenção restritiva *equivalente a expropriação* (uma *quase-expropriação*) e, em qualquer dos casos, esses actos só seriam constitucionalmente legítimos se, nos termos do artigo 62º, nº 2, da Constituição, ocorressem mediante o pagamento de uma "justa indemnização", a não previsão legal do respectivo mecanismo indemnizatório e o não pagamento concomitante de indemnização vitimariam de inconstitucionalidade todo o regime⁷⁴.

- b) Na análise desta questão, será, em primeiro lugar, necessário considerar qual era o regime de resolução em causa no que se refere às medidas de resolução admissíveis, já que a análise jurídica da eventual necessidade de existência do referido mecanismo indemnizatório não pode deixar de ter em conta a diferença qualitativa, do ponto de vista da potencial afectação do direito de propriedade dos accionistas, entre esse regime e o que foi instituído após a transposição integral da Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, e que vigora actualmente.

Com efeito, e com grande relevância para a análise a que aqui procedemos, cabe notar que o regime de resolução em causa não continha ainda, na época que consideramos, 2014, a nova medida de resolução da recapitalização interna, o *bail-in*⁷⁵.

Ora, como assinalámos desenvolvidamente quando apresentámos o princípio "*no creditor worse off*" na primeira parte⁷⁶, foi a previsão desta medida de resolução na Directiva que motivou o legislador europeu a ampliar a aplicação daquele princípio, não apenas aos credores

⁷⁴ A eventual violação do direito de propriedade garantido no artigo 62º da Constituição por restrição excessiva ou por compensação insuficiente relativamente aos prejuízos causados será igualmente tratada posteriormente, quando da apreciação da alegada violação específica do princípio da proporcionalidade, no ponto 2.3.2.

⁷⁵ Esta medida só viria a ser introduzida entre nós através da Lei nº 23-A/2015, de 26 de Março.

⁷⁶ Cf. *supra*, I, 5.1.2.

da instituição de crédito em liquidação, como ocorria na versão originária deste princípio, mas também aos respectivos accionistas.

A importância da distinção deriva do facto de, como ali sustentámos, do ponto de vista dos direitos de propriedade dos accionistas e dos credores, a medida de recapitalização interna habilita a autoridade de resolução a proceder a verdadeira intervenção restritiva equivalente a expropriação, pelo que a instituição de um mecanismo indemnizatório –aplicável igualmente a accionistas e credores– adquire, nesse caso, o especial significado de constituir a consagração de uma garantia de Estado de Direito através da qual se pretende assegurar, de forma absolutamente indiscutível, a conformação legal de todo o processo de resolução em conformidade aos referidos direitos fundamentais.

Uma vez que a não previsão de um mecanismo indemnizatório aquando da imposição de uma redução, eventualmente drástica, da participação no capital envolveria, seguramente, uma *irrupção* de conflitualidade jurídica, *então*, com a adopção do "*no creditor worse off*", incluindo a sua aplicação a accionistas, pretende-se, por um lado, evitar uma litigância que ameace potencialmente a estabilidade de todo o processo e, por outro, permitir a possibilidade de, sem risco de violação do direito fundamental de acesso à justiça e a um processo equitativo, remeter para um momento posterior o controlo judicial da licitude da resolução, em ordem a evitar a hipótese de bloqueio inviabilizador do sucesso das medidas em desenvolvimento.

Ora, por razões não publicamente anunciadas, mas que podem ter tido a ver com opções meramente políticas, mas também com condicionamentos de natureza jurídico-constitucional inultrapassáveis numa situação de urgência⁷⁷, o Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, não transpôs a medida de *bail-in* para a ordem jurídica portuguesa e, como tal, diferentemente do que ocorreu, pelas razões aludidas, com o legislador europeu, o legislador nacional, mantendo a designação estabilizada do princípio "*no creditor worse off*", pôde manter, igualmente, o seu âmbito de aplicação originário, isto é, a sua aplicação dirigida exclusivamente aos credores da instituição de crédito em liquidação, sem fazer qualquer menção à sua aplicação aos accionistas.

Por isso se diz, na alegação de inconstitucionalidade que agora apreciamos, que o legislador nacional não consagrou qualquer mecanismo indemnizatório para a afectação dos accionistas pelas medidas de resolução existentes. Porém, como não se incluía a medida de recapitalização interna, tais medidas eram, na altura, a possibilidade de alienação, parcial ou total, da instituição a um comprador privado e a transferência, parcial ou total, da actividade da instituição em liquidação para um banco de transição, após o que o produto das respectivas venda e alienação *retornariam* à instituição originária (artigo 145º-I, nº 4, do RGICSF, na versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro).

É, portanto, relativamente ao quadro legal existente na altura que teremos de apreciar se a eventual inexistência, na lei que autoriza aquelas medidas de resolução, de um mecanismo de

⁷⁷ Claramente, o Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, foi aprovado numa situação de urgência, determinada pela iminente resolução do BES, que não se compadecia com a morosidade inerente a um processo de prévia concessão de autorização legislativa. Porém, como notámos atrás (cf. *supra*, II, 1), dado que tanto a introdução da medida de recapitalização interna, como a associada ampliação da aplicação do "*no creditor worse off*" aos accionistas exigiram uma correspondente autorização legislativa –dado que passariam a *cair* na reserva de relativa competência legislativa da Assembleia da República delimitada pelas alíneas b) e l) do nº 1, do artigo 165º da Constituição–, e uma vez que não havia manifestamente *tempo* para ver concedida essa autorização, a opção forçada pelas circunstâncias pode ter sido a da não inclusão daquela nova medida de resolução e da nova versão do princípio "*nenhum credor ficará em pior situação*" no Decreto-Lei n.º 114-A/2014.

indemnização dos accionistas implica ou não a inconstitucionalidade do respectivo regime por violação do artigo 62º, nº 2, da Constituição.

- c) Assim, relativamente àquelas duas medidas de resolução e aos procedimentos a elas associados, toda a racionalidade das alegações de inconstitucionalidade que lhes são dirigidas, e que agora apreciamos, fica condicionada pela possibilidade ou pela adequação da sua eventual caracterização jurídica como expropriações em sentido próprio.

É que, a ser plausível conceber juridicamente tais medidas como expropriação dos accionistas, tal pressuporia, conseqüentemente, a necessidade de o pretendo acto de expropriação ter uma específica previsão na lei, ser precedido de uma prévia declaração de utilidade pública, ter uma natureza singular e, finalmente, ocorrer "mediante o pagamento de justa indemnização" (artigo 62º, nº 2, da Constituição), sem o que todo o processo seria inconstitucional.

Contudo, perante as essenciais diferenças que o regime de resolução, com as medidas vigentes na altura, apresenta relativamente ao que acontece na expropriação em sentido próprio, isto é, a expropriação a que se refere o artigo 62º, nº 2, da Constituição, a hipótese de tal qualificação jurídica das medidas de resolução pode ser liminarmente afastada. Tal fica a dever-se, não apenas ao que é o entendimento praticamente unânime de toda a doutrina e jurisprudência nacionais sobre o conceito de expropriação em sentido próprio, tal como ele foi estabilizado no Direito civil e no Direito administrativo e foi também acolhido no artigo 62º, nº 2, da Constituição⁷⁸, mas também ao entendimento da doutrina e jurisprudência internacionais sobre a licitude dos regimes de resolução à luz dos princípios de Estado de Direito.

Muito sinteticamente, em termos de consequências jurídicas, o que distingue a expropriação a que se refere o artigo 62º da Constituição e todas as outras intervenções restritivas legítimas no direito de propriedade, incluindo as que implicam a necessidade de indemnização dos respectivos titulares, é o seguinte: a expropriação prevista no artigo 62º, nº 2, da Constituição, só é lícita se for acompanhada da previsão e do pagamento da correspondente indemnização; as outras intervenções restritivas são lícitas apesar de, eventualmente, envolverem a necessidade de pagamento de compensação ou de indemnização pelo sacrifício ou pelo dano que resultou ou foi imposto aos proprietários.

O regime de resolução, com as medidas previstas na altura, integra-se adequadamente neste tipo de intervenção restritiva nos direitos de propriedade, mas não é uma expropriação em sentido próprio. Trata-se, simplesmente, de coisas diferentes.

Na expropriação pressupõe-se, juridicamente, que a colectividade ganha com a afectação de um bem a fins e a domínio diversos dos que lhe estão a ser dados pelo proprietário, pelo que os poderes públicos pretendem tomar conta desse bem e afectá-lo aos fins determinados pela declaração de utilidade pública⁷⁹, mas só o podem fazer se pagarem ao expropriado, para tanto, o *preço* do bem, o seu justo valor, o que a Constituição designa por "justa indemnização".

Diversamente, no regime de resolução, os poderes públicos, para garantirem a estabilidade de todo o sistema financeiro e a segurança dos depósitos, apropriam-se temporariamente de bens (activos e passivos) de uma instituição em falência iminente, evitam a destruição

⁷⁸ Cf., por todos, embora sustentando posição singular diversa, M. Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra, 1998, págs. 524 e segs., *maxime*, pág. 531; Vieira de Andrade, "A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social" *in RLJ*, nº 3969, 2011, págs. 352 e segs.

⁷⁹ Cf. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, t. II, 9ª ed., Coimbra, 1972, pág. 1000.

incontrolada do respectivo valor, estabilizam o valor económico desses bens, alienam-nos e devolvem o remanescente à instituição originária. E, de acordo com o regime actualmente em vigor, havendo prejuízo para credores ou para accionistas, relativamente ao prejuízo presumido que teriam sofrido sem aquela intervenção pública, compensam-nos pela diferença.

Logo, não há entre as duas situações identidade de natureza, características e regime para efeitos jurídico-constitucionais: a primeira, a expropriação, pressupõe o pagamento da justa indemnização para ser lícita, enquanto que a intervenção prevista no regime de resolução é, em princípio, lícita, isto é, desde que não padeça de vícios de inconstitucionalidade, dando lugar a indemnização ou a compensação em função da existência e da natureza e alcance dos prejuízos efectivamente sofridos pelos afectados e em função dos regimes compensatórios vigentes.

Como diz VIEIRA DE ANDRADE⁸⁰, a "expropriação de imóveis por utilidade pública constituiu a primeira das situações jurídicas geradoras de indemnização por acto lícito da Administração e, estando regulada na Constituição, continua a ser a rainha das figuras indemnizáveis. No entanto, talvez por isso, tem sido invocada em excesso, e, quanto a nós, em vão, como modelo de responsabilidade indemnizatória por actos lícitos que impliquem danos patrimoniais privados". Acrescenta que esta doutrina, que tende a abusar do conceito, "parte de uma concepção amplificada do direito fundamental de propriedade [...] sustentando que qualquer sacrifício, total ou parcial, de direitos patrimoniais privados tem de ser acompanhado da 'justa indemnização' expropriativa prevista no artigo 62º, nº 2, da Constituição, sob pena de inconstitucionalidade".

Tal concepção merece a discordância frontal do professor de Coimbra, designadamente porque essa doutrina falha, a seu ver, o sentido normativo do direito fundamental de propriedade e porque não é legítimo "retirar da Constituição a exigência de que toda a lesão ou qualquer sacrifício lícito de direitos patrimoniais privados originado pelo Estado –muito menos os sacrifícios colateralmente causados– tenha de obedecer ao modelo de indemnização integral e concomitante decorrente do nº 2 do artigo 62º".

- d) Já mais sustentável pode ser, do ponto de vista dos accionistas das instituições de crédito, a qualificação daquelas medidas de resolução, não como expropriações, mas como intervenções *equivalentes* ou *análogas a expropriação* (as *enteignungsgleichen Eingriffe*, como foram originariamente designadas pela doutrina alemã).

De facto e de direito, os accionistas não foram "expropriados" das suas acções por razões de utilidade pública nem estas foram transferidas para a entidade expropriante por acto de autoridade do Estado, mas, na medida em que, por força da imposição de uma medida de resolução à instituição de crédito, os seus interesses patrimoniais protegidos pelo direito de propriedade possam ter sofrido um dano sério, equivalente, em gravidade, ao que ocorre numa expropriação, seria possível a respectiva qualificação naqueles termos, isto é, considerá-la uma *quase-expropriação*. Por exemplo, se a desvalorização económica de uma empresa em situação financeira de normalidade fosse causada pela transferência dos seus activos para outra

⁸⁰ "A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social", *cit.*, págs. 356 e seg.

instituição⁸¹ e se traduzisse, por tal facto, em desvalorização praticamente total do valor das respectivas acções, teria ocorrido uma intervenção *equivalente a expropriação*.

- e) Ora, parece-nos claro que no regime em apreciação, como tivemos ocasião de desenvolver longamente atrás⁸², as medidas de resolução em causa –incluindo as normas que as prevêm e as deliberações que as concretizam– têm uma natureza restritiva dos direitos fundamentais de propriedade e de livre iniciativa económica privada, seja na sua configuração como normas restritivas ou como intervenções restritivas. Porém, já mais discutivelmente serão juridicamente configuráveis, pelas razões a seguir explicitadas, como intervenções equivalentes ou *análogas a expropriação* ou de *quase expropriação*.

Para se perceber o que está em causa nesta qualificação, há que ter em conta que o conceito surgiu, na Alemanha, num contexto de ampliação dogmática do conceito clássico de expropriação em ordem a permitir a protecção dos particulares nas situações em que o prejuízo sofrido no decurso de uma intervenção restritiva fosse tão pesado e tão carente de compensação quanto aquele que ocorria na expropriação. Assim, com base na ideia de que a imposição de um sacrifício relevante e especial em Estado de Direito devia ser indemnizado, mesmo quando a intervenção estivesse suficientemente justificada pela necessidade de prossecução de um interesse público relevante, a qualificação da intervenção em causa como *equivalendo a expropriação* constituiria o fundamento que, para efeitos de compensação dos afectados, preencha a ausência de previsão legal da correspondente indemnização.

Porém, o problema juridicamente relevante não era verdadeiramente o da qualificação dogmática, mas sim o de determinar, com suficiente segurança, quando devia a imposição de sacrifícios à propriedade dar lugar a indemnização, tanto mais que, nas novas condições do Estado social, eram cada vez mais frequentes as intervenções legislativas e administrativas conformadoras do conteúdo e limites do direito de propriedade e que, por isso, eram sempre, de algum modo, igualmente restritivas, directa ou indirectamente, jurídica ou facticamente, pelo que havia que precisar, tanto quanto possível, quando eram elas ou não passíveis de conferir direito a indemnização.

Na incerteza, adquiria maior importância a presença da chamada cláusula de indemnização conjunta (*Junktimklausel*) que constava da previsão legal de expropriações, já que era a presença dessa cláusula que conferia certeza ao direito e prevenia, do ponto de vista do legislador, a tentação para posteriores decisões judiciais pontuais atributivas de compensações financeiras que, decididas sem controlo e habilitação prévios por parte do legislador, acabassem por afectar a estabilidade orçamental. De alguma forma, a inclusão necessária da *Junktimklausel* não era só uma garantia da licitude da expropriação, mas era também uma garantia do legislador contra posteriores alterações indirectas do orçamento decididas pelo poder judicial⁸³.

⁸¹ Nos termos do regime de resolução, essa transferência de bens destina-se, todavia, a prevenir a deterioração incontrolada do seu valor e tem em vista o objectivo da sua posterior alienação em condições optimizadas, o que pode, até, ter como efeito prático, não a deterioração do valor da empresa, mas a sua valorização. De facto, como se viu na primeira parte (*supra*, I, 1), um dos objectivos imediatos dos regimes de resolução é prevenir a destruição de valor inerente a uma "venda ao desbarato" forçada por uma *corrida* descontrolada *aos bancos* que gera, em espiral, uma crise de liquidez que obriga a vender a qualquer preço. Assim, comparativamente, o valor efectivamente realizado por uma venda de activos no âmbito de um regime de resolução pode ser mais vantajosa.

⁸² Cf. *supra*, I, 5.

⁸³ Cf. Miguel Nogueira de Brito, *A Justificação da Propriedade numa Democracia Constitucional*, Coimbra, 2007, págs. 1004 e seg.

Por isso, corresponde a uma inversão de sentido, arguir a inconstitucionalidade da lei por falta da *Junktimklausel* quando hoje, como veremos, a previsão legal para uma eventual indemnização fora das situações de expropriação –clássicas ou ampliadas– já existe sempre, com o carácter de norma geral⁸⁴, e o decisivo não é a presença de norma especial que garanta especificamente a indemnização de uma categoria particular de cidadãos, mas saber se estão ou não preenchidos os requisitos de facto que fundamentam o direito a compensação nos termos daquela lei geral já existente.

- f) É para se perceber se há ou não o preenchimento desses requisitos que importa definir, com rigor, o contexto do surgimento das medidas de resolução e a natureza e extensão do sacrifício ou do dano por elas gerado ou imposto, e não para concluir sobre a qualificação dessas medidas como sendo ou não *equivalentes a expropriação*. A existência de um direito a indemnização depende do prejuízo sofrido –da sua natureza e do seu alcance– e não da qualificação do tipo de intervenção restritiva.

Nesse contexto, não devem os sacrifícios patrimoniais, potenciais ou reais, das medidas de resolução ser medidos isoladamente, pelo seu valor *facial*, como acontece nas típicas intervenções *equivalentes a expropriação* que incidem sobre um direito de propriedade em situação de normalidade, mas devem antes ser avaliados em comparação com o que, naquela mesma situação de crise, teria ocorrido se não se tivesse verificado a intervenção restritiva conduzida pela autoridade de resolução.

No caso das medidas de resolução, o sacrifício patrimonial imposto aos particulares afectados deriva da necessidade de prossecução de um interesse público posto em risco pela deterioração financeira da instituição objecto da resolução. Trata-se, mais especificamente, de uma medida imposta pela necessidade de prevenção dos efeitos directos e indirectos decorrentes de uma falência iminente da instituição de crédito intervencionada⁸⁵, que afecta todos os accionistas uniformemente, não se confundindo com a situação típica das intervenções restritivas *equivalentes a expropriação* que se traduzem, diferentemente, na imposição a um particular de um sacrifício anormal e especial.

Como diria o Tribunal Constitucional, tal como o fez quando afastou a pertinência de uma configuração do sacrifício patrimonial grave imposto a uma categoria de cidadãos com constituindo um acto *análogo a expropriação* por utilidade pública, "essa equiparação não tem fundamento [...] Não se trata, em primeiro lugar, da subtração, através de um ato jurídico, de uma posição jurídica concreta, mas da determinação, em termos gerais e abstratos, do conteúdo de toda uma categoria de direitos"⁸⁶.

⁸⁴ Referimo-nos à consagração da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por facto lícito na Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

⁸⁵ Poderia contestar-se esta pressuposição, considerando-se que, no caso, a medida de resolução poderia ter sido incorrectamente decidida sem que pré-existisse uma situação deste tipo. Todavia, do ponto de vista jurídico, isso já remete para uma questão diferente, ou seja, respeita à pertinência concreta da medida face ao eventual não preenchimento dos requisitos jurídicos para a sua adopção. É que, nesse caso, ou seja, a ser confirmado judicialmente um tal vício ou um tal *desvio de poder*, aí seria posta em causa a legalidade de todo o procedimento consequente e o problema jurídico a considerar desenvolver-se-ia em sede própria e de forma totalmente independente daquele outro que aqui apreciamos. Para avaliar a constitucionalidade do procedimento aqui em análise e relativamente à alegação de inconstitucionalidade agora considerada, temos de partir do pressuposto que a autoridade de resolução decidiu dentro da margem de apreciação e de prognose de que foi legalmente dotada, já que é nesse pressuposto que foi construído todo o regime de resolução em apreciação.

⁸⁶ Cf. Acórdão nº 187/2013, ponto 63 da Fundamentação.

Pelas mesmas razões, também no plano da natureza do sacrifício imposto, a analogia com a expropriação é dificilmente sustentável, já que com as medidas de resolução não se visa, em si mesmo, a ablação, o desapossamento ou a privação da titularidade de um direito de propriedade ou o seu esvaziamento –como acontece, nas intervenções *equivalentes a expropriação*–, mas se trata, antes, de uma apropriação pública meramente temporária e de uma transferência de activos e passivos que é, em última análise, funcionalmente orientada à liquidação ordenada da empresa em crise.

Mas mesmo admitindo, para considerar todas as hipóteses de eventual inconstitucionalidade, que as restrições em causa seriam, dependendo da existência daquele sacrifício, adequadamente configuráveis como intervenções *equivalentes a expropriação* ou de *quase expropriação*, ainda assim tal não teria a consequência jurídica subjacente à dúvida de constitucionalidade aqui apreciada, ou seja, tal facto não determinaria, sob suposta pena de inconstitucionalidade, a necessidade de uma previsão específica de um mecanismo indemnizatório dos accionistas no regime de resolução instituído pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, e mantido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto.

- g) Com efeito, mesmo considerando como actos análogos ou equivalentes a expropriação todos os actos legislativos ou administrativos *que afectam a substância do direito* de propriedade⁸⁷, "que afectam (diminuem ou esvaziam) as faculdades incluídas no direito de propriedade [...], isto é, as faculdades de usar, de fruir e de dispor do bem, sem todavia retirarem formalmente ao particular o direito de propriedade"⁸⁸, incluindo-se aí, portanto, as medidas de resolução de instituições de crédito, ainda assim tal não produziria as consequências implícitas à objecção de constitucionalidade colocada pela Consulta.

Veja-se, de resto, como a generalidade da doutrina nacional⁸⁹ que aborda a questão considera, mesmo no que se refere às leis expropriatórias em sentido próprio, que a Constituição não obriga, como condição da respectiva licitude, à presença conjunta de um cláusula de previsão da correspondente indemnização na lei que expropria ou que habilita à expropriação.

Inclusivamente, até no que se refere ao próprio pagamento da indemnização por expropriação em sentido próprio, isto é, mesmo quando a Constituição só admite a expropriação "mediante o pagamento de justa indemnização" (artigo 62º, nº 2), a doutrina não considera absolutamente necessário um pagamento *prévio*, mas apenas *pronto, atempado*, sendo pacífica a ideia, igualmente acolhida pela jurisprudência constitucional⁹⁰, de que, no caso das apropriações públicas de empresas ou na respectiva nacionalização, os critérios constitucionais, que são os

⁸⁷ Considerar afectada a *substância do direito* implicaria, e daí as dúvidas, a pré-existência de um conteúdo patrimonial significativo relacionado com a *substância* do direito em causa e que agora teria sido afectado. Ora, no caso das medidas de resolução, a dúvida prende-se com a duvidosa relevância do *valor* de uma participação no capital de uma empresa que se encontra em situação de iminência, real ou presumida, de insolvência. É intrinsecamente contraditório considerar seriamente afectada a substância de um direito cujo valor patrimonial estava já esvaziado ou em risco iminente de o ficar.

⁸⁸ Cf. Fausto de Quadros, *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998, pág. 205, pág. 215.

⁸⁹ Cf. Rui Medeiros in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2ª ed., págs. 1275 e seg. A excepção é Maria Lúcia Amaral (cf. *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, cit., pág. 535 e segs), mas apenas porque considera que tal seria condição de licitude da própria lei expropriatória, já que, na sua opinião, a expropriação só não padeceria de inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, caso contivesse, simultaneamente a *Junktimklausel*, isto é, a previsão conjunta do referido mecanismo indemnizatório. Uma vez que a expropriação impõe, por definição, um sacrifício anormal e especial a um indivíduo por razões de utilidade pública, só a *Junktimklausel* salvaria de inconstitucionalidade a desigualdade de distribuição de encargos aos particulares assim imposta.

⁹⁰ Cf. as referências em Rui Medeiros in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2ª ed., pág. 1278.

previstos no artigo 83º e não já no artigo 62º, nº 2, da Constituição, são ainda menos estritos que no caso da expropriação em sentido próprio⁹¹.

De resto, mesmo a doutrina nacional mais *exigente* quanto à presença da *Junktimklausel* é de opinião que, no que se refere às leis referidas no artigo 83º da Constituição e que habilitam a uma *apropriação pública* dos meios de produção, ou seja, as leis *equivalentes a expropriação* como seriam, por hipótese, as que contêm os regimes de resolução das instituições de crédito, já não estariam vinculadas à necessária presença da *Junktimklausel* ⁹².

- h) De facto, a exigência de compensação ou de indemnização pelo sacrifício imposto no caso de uma *quase-expropriação* não é resultado de uma livre criação do legislador, que, hipoteticamente, poderia livremente optar por consagrar ou não a existência de uma indemnização. Ao invés, na medida em que, por definição, se está aí perante um sacrifício patrimonial tão grave, do ponto de vista do direito fundamental da propriedade, quanto aquele que ocorre em caso de expropriação da propriedade em sentido próprio, a existência de uma compensação tem de ser concebida como uma exigência constitucional, implicitamente requerida pela Constituição.

Mas, nesse sentido, se a lei ordinária apenas revela ou concretiza aquilo que é constitucionalmente imposto, não seria pelo facto da ausência de consagração legal de um direito a compensação, que este deixaria de existir. Quando um direito deriva da Constituição, a sua concretização legal pode conferir-lhe certeza e previsibilidade de aplicação, mas não o *cria*. Reciprocamente, a ausência de previsão desse mecanismo indemnizatório numa lei concretizadora não o faz desaparecer, isto é, não faz desaparecer o direito a indemnização.

Assim, no mínimo, uma interpretação do RGICSF em conformidade à Constituição, obrigatória pelo *favor legis* de que usufruem as leis em vigor, determinaria a dedução da necessidade de uma compensação dos afectados nos casos em que se comprovasse que através da medida de resolução lhes foi imposto um sacrifício patrimonial relevante, *maxime* nos casos em que se trate de um sacrifício anormal e especial.

Em todo o caso, e ainda que assim se não concluísse, a presença de um sacrifício patrimonial com essas características –que constitui, no fundo, o fundamento de toda e qualquer alegação de inconstitucionalidade material do regime de resolução em causa–, caso existisse, sempre determinaria, sendo considerado ilícito, a necessidade de indemnização dos afectados no âmbito da responsabilidade por facto ilícito da responsabilidade da Administração ou do legislador (cf., respectivamente, artigos 7º e 15º do regime aprovado pela Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro) e, sendo considerado lícito, a necessidade de indemnização pelo sacrifício que vem prevista no artigo 16º do regime aprovado pela mesma Lei.

Com efeito, e partindo do pressuposto do carácter lícito do regime de resolução, a aplicação das medidas introduzidas no RGICSF pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, e mantidas pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, dariam lugar, na ordem jurídica portuguesa, a um direito a indemnização, tanto a credores quanto a accionistas, independentemente da consagração concomitante do princípio "*no creditor worse off*". O artigo 16º do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado aprovado pela Lei nº

⁹¹ Cf., assim, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., volume I, págs. 808 e seg; Rui Medeiros in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, págs. 67 e seg.

⁹² Cf. Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, cit., pág. 618.

67/2007, de 31 de Dezembro, impõe a obrigação de indemnização aos particulares a quem, por razões de interesse público, os poderes públicos imponham encargos ou causem danos especiais e anormais.

Tudo estará, portanto, como dissemos atrás, no apuramento da natureza e do alcance do eventual prejuízo sofrido – e não na prévia e discutível qualificação das medidas em causa como constituindo intervenções *equivalentes a expropriação* –, sendo certo que para efeitos desta Lei, se consideram especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito (artigo 2º do regime aprovado pela Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro).

Assim, mesmo que a sua posição não tivesse já sido especificamente garantida pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, os credores teriam sempre direito, ao abrigo da previsão do artigo 16º do regime aprovado pela Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, a uma indemnização pelo sacrifício que resulta da provocação colateral de encargos anormais e especiais como resultado da aplicação das medidas de resolução da instituição de crédito⁹³ e os accionistas, mesmo sem a previsão legal de aplicação do princípio "*no creditor worse off*", se tivessem ocorrido danos anormais e especiais da aplicação daquelas medidas, teriam direito a indemnização por danos directos provocados por facto lícito.

Nesses termos, e na eventual ausência de norma legal específica de previsão de um direito de compensação dos accionistas em caso de imposição de sacrifício anormal e especial por parte da medida de resolução, aquela lei que aprova o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas funcionaria como fundamento legal de um direito que, já de si, decorria das normas e princípios constitucionais.

No caso dos credores, a aplicação prevista do princípio "*no creditor worse off*" funciona como lei especial aplicável ao caso, mas, no caso dos accionistas, posto que se apurasse um tal prejuízo, isto é, um dano relevante, anormal e especial, a ausência de análoga norma específica não poderia constituir fundamento de recusa de aplicação de um direito a indemnização garantido em lei geral e que constitui concretização de direito fundamental constitucional.

Logo, não seria, em caso algum, a ausência de norma indemnizatória específica para os accionistas no RGICSF, na redacção do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, mantida pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, que determinaria qualquer afectação do respectivo direito a indemnização, pelo que, concluindo quanto a este ponto, não seria, consequentemente, essa ausência fonte de inconstitucionalidade por lesão do artigo 62º, nº 2, da Constituição.

Da mesma forma, o facto de o artigo 145º-I, nº 4, do RGICSF, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, e mantida pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, dispor que o remanescente do produto da alienação do património da instituição de transição é devolvido à instituição de crédito originária ou à sua massa insolvente, caso aquela tenha entrado em liquidação, não significa igualmente uma qualquer negação de um eventual direito dos accionistas a compensação, mas constitui apenas uma decorrência natural da racionalidade subjacente aos regimes de resolução e, ao invés, constitui a garantia de que não há, afinal, medida *equivalente a expropriação* da sociedade em liquidação sem a devida compensação.

⁹³ Cf. Vieira de Andrade, "A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social", *cit.*, pág. 360.

- i) Dito isto, que significa, no fundo, o reconhecimento de um direito a compensação em caso de imposição de um prejuízo patrimonial relevante aos accionistas por facto da aplicação de medidas de resolução a uma instituição de crédito, tudo resta em saber, em primeiro lugar, se um prejuízo com essa natureza e alcance se verificou ou não e, em seguida, como deveria a eventual necessidade de compensação ser determinada e saber como deveria o seu montante ser encontrado em ordem a garantir a não existência de restrição inconstitucional ao direito de propriedade. Dessas várias outras dimensões deste problema, trataremos na resposta às questões seguintes da Consulta.

2.2 Violação do princípio da igualdade e da garantia de generalidade e de abstracção das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias

- a) Pergunta-se-nos se, "ao dispensar, no âmbito da resolução de uma instituição de crédito, um tratamento distinto aos interesses dos credores e aos dos accionistas do banco resolvido, o artigo 145.º-B do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, é inconstitucional por violação do princípio da igualdade e por não ter o carácter geral e abstrato que devem assumir as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias".

Perante a dúvida de constitucionalidade suscitada, importará, em primeiro lugar, estabelecer o sentido das alterações introduzidas no artigo 145º-B, do RGICSF, por parte do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, para, em seguida, apreciar a arguição de inconstitucionalidade. Assim, diremos que há dois tipos de alterações: uma de natureza mista, formal e material, correspondendo a uma clarificação e a um ajustamento na sistematização (i) e outras correspondendo à introdução do princípio "*no creditor worse off*" (ii).

Assim, há:

- i) *Uma clarificação e um ajustamento na forma de sistematização da ordem de prioridades na assunção dos prejuízos*

O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, já tratava da questão da ordem de prioridades na assunção dos prejuízos da instituição de crédito, dispondo no artigo 145º-B, nº 1, que "na aplicação de medidas de resolução, procura assegurar-se que os accionistas e os credores da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa, de acordo com a respectiva hierarquia e em condições de igualdade dentro de cada classe de credores".

Por sua vez, a regulação da mesma matéria é repartida no Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, por duas alíneas do nº 1, do mesmo artigo 145º-B, dispondo-se na alínea a) que os "*acionistas da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa*" e, na alínea b), que os "*credores da instituição de crédito assumem de seguida, e em condições equitativas, os restantes prejuízos da instituição em causa, de acordo com a hierarquia de prioridade das várias classes de credores*".

- ii) *A consagração do princípio "nenhum credor ficará em pior situação"*

Na alínea c) do nº 1, da nova redacção do artigo 145º-B, acolhe-se este princípio segundo o enunciado de que "*nenhum credor da instituição de crédito pode assumir um prejuízo maior*

do que aquele que assumiria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação". Em consequência, através da introdução de um novo nº 3 no artigo 145º-B, regula-se a concretização técnica deste princípio, estabelecendo-se a forma como o prejuízo efectivamente sofrido por um credor deverá ser comparado com aquele que teria sofrido num processo de liquidação da empresa segundo o regime comum e garantindo-se que, sendo apurada uma diferença negativa entre as duas grandezas, deverá essa diferença ser ressarcida através do Fundo de Resolução.

- b) Será, portanto, em face destas alterações que serão apreciadas as duas alegações de inconstitucionalidade, considerando-se inicialmente a eventualmente menos problemática, isto é, a referente à pretensa violação da garantia da generalidade e da abstracção das normas restritivas e, em seguida, a referente à eventual violação do princípio da igualdade no tratamento conferido a accionistas e credores.

2.2.1 A eventual violação da garantia constitucional da generalidade e da abstracção das normas restritivas de direitos fundamentais

- a) Relativamente aos dois grupos de alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, no artigo 145º-B do RGICSF, apenas às constantes do referido primeiro grupo (i) pode ser imputada a existência de carácter restritivo, já que as constantes do segundo (ii) têm inequivocamente um sentido garantista e ampliativo. Pode, eventualmente, discutir-se se esse sentido ampliativo e garantista deveria apenas ser reservado aos credores, e não também aos accionistas, mas essa já é uma questão que remete para as arguições de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade, que consideramos posteriormente.

Já quanto ao ponto agora considerado –o da pretensa existência de uma restrição sem carácter geral e abstracto–, como os accionistas não dispunham, anteriormente, do direito a um tratamento segundo o princípio "*no creditor worse off*", não viram, conseqüentemente, a sua situação negativamente afectada pelo facto de, na altura, em 2014, esse direito ainda não lhes ter sido reconhecido. Logo, não houve, quanto a este grupo de alterações (ii), introdução de normas restritivas.

Já relativamente ao primeiro grupo (i), embora mais duvidosamente, pode aí ser reconhecido algum sentido restritivo induzido pelas alterações legislativas em causa no posicionamento relativo dos accionistas face aos credores. Ou seja, pode admitir-se, embora muito duvidosamente, que se anteriormente não era expresso em letra de forma se, entre accionistas e credores, havia alguma prioridade na hierarquização da assunção de prejuízos, agora é evidente e inequívoco que os accionistas são os primeiros a assumir os prejuízos da instituição de crédito e que só a seguir os credores são chamados a assumi-los.

- b) Portanto, podendo reconhecer-se que há uma desqualificação relativa da posição dos accionistas, e admitida constitucionalmente, por hipótese, essa diferenciação –o que, pressupondo a dilucidação das outras questões de constitucionalidade a seguir apreciadas, não releva para a análise da questão que agora analisamos–, e tendo essa diferenciação o carácter restritivo atrás admitido, embora duvidosamente, terá agora de se verificar se uma tal restrição tem ou não um carácter geral e abstracto como vem imposto pelo artigo 18º, nº 3, da Constituição.

Ora, quanto a este ponto, a questão não chega a ser constitucionalmente problemática, de tal forma ela se encontra doutrinária e jurisprudencialmente de há muito resolvida⁹⁴.

Ou seja, para apurar da generalidade e da abstracção, para este efeito, de uma norma restritiva, o decisivo não é saber se ela se aplica unicamente a uma categoria de pessoas, como parece inferir-se da alegação de inconstitucionalidade tal como vem formulada na Consulta, mas antes saber se era possível apurar, no momento da emissão da norma, quais seriam todos e cada um dos indivíduos (dentro da categoria dos accionistas de instituições de crédito) a quem a norma iria ser aplicada durante a sua vigência e todas e cada uma das situações (de processos de resolução) a que iria ser aplicada durante a sua vigência. Como tal não era, notoriamente, possível, não há qualquer inconstitucionalidade por violação da garantia de generalidade e de abstracção das normas restritivas prevista no artigo 18º, nº 3, da Constituição. Isto é, a norma em causa é geral e abstracta.

Pode considerar-se esta abordagem, que é a desenvolvida pelo Tribunal Constitucional em jurisprudência constante, demasiado formalista, mas, no caso, sendo certo que são os princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica que justificam materialmente a constitucionalização daquela garantia do artigo 18º, nº 3, da Constituição, as normas restritivas em causa não deixarão, a seguir, de ser sindicadas em função da observância desses outros princípios constitucionais, pelo que o eventual formalismo analítico daquela posição não terá, aqui, quaisquer efeitos desvantajosos, já que não preclude um controlo baseado na igualdade e na segurança.

2.2.2 A eventual violação do princípio da igualdade

- a) Se na alegação de inconstitucionalidade que acabámos de apreciar era só o primeiro grupo de alterações que poderia ser eventualmente relevante, já quanto à observância da igualdade a contestação pode ser potencialmente dirigida aos dois grupos de normas, o que é facilmente compreensível quando se tem em conta que, para a determinação da observância do princípio da igualdade, a existência de uma dimensão restritiva perde relevância, uma vez que o princípio de igualdade projecta efeitos jurídicos tanto relativamente a normas restritivas como relativamente às normas ampliativas, que atribuem vantagens.

Relativamente às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, atinentes à hierarquização de prioridades na assunção dos prejuízos da instituição, pode reconhecer-se, como dissemos, ter havido alguma desqualificação relativa da posição dos accionistas relativamente aos credores, mas apenas porque na redacção actual ficou expresso de forma inequívoca que são os accionistas quem prioritariamente assume os prejuízos (alínea a), do nº 1, do artigo 145º-B), ainda que, se disponha que, em seguida, também os credores são chamados a assumi-los (alínea b), do nº 1, do mesmo artigo).

No entanto, e ainda assim, a alteração verificada tem uma relevância prática mínima, se é que alguma –e esse factor não deve deixar de ser tido em conta numa apreciação centrada em torno da eventual violação do princípio da igualdade de tratamento–, e é, além do mais, objectivamente justificada e adequada.

⁹⁴ Cf., por todos, com desenvolvimento, Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., págs. 801 e segs.

- b) Mesmo antes da alteração legislativa de 2014, sempre que se tratasse de responsabilizar accionistas e credores pelos prejuízos, necessariamente alguma ordem de prioridades teria de ser estabelecida e praticada, pois, até pelos termos da redacção da norma vigente na altura, não seria admissível, por arbitrária, uma hierarquização puramente aleatória. Ou seja, apesar de se dizer, na redacção do n.º 1, do artigo 145º-B do RGICSF, na redacção do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que "os accionistas e os credores da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa", seria sempre necessário, a seguir, na prática, chamar uns e outros segundo alguma ordem de prioridades.

Assim, no fundo, o que o Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, fez foi optar, dentro das opções limitadas que existiam, por uma ordem de prioridades que sobrecarrega os accionistas relativamente aos credores e que era a que seria já praticada se e quando o problema surgisse. Pode-se discordar, mas dificilmente se poderá pôr em causa a razoabilidade e justificação da diferenciação ou, no mínimo, o carácter não arbitrário dessa opção.

Por um lado, ela reproduz a lógica desde sempre subjacente ao regime comum de insolvência onde, indiscutivelmente, a preocupação com os credores e com o alinhamento das prioridades dos seus créditos é central e os accionistas são natural e implicitamente tratados como devendo assumir prioritariamente as perdas e os prejuízos⁹⁵. Tão natural é o estabelecimento dessa ordenação quanto era, em congruente reciprocidade, a participação exclusiva dos accionistas na distribuição dos lucros, se os houvesse ou quando os havia.

Logo, e da mesma forma como nunca ocorreu a consideração do regime comum de insolvência como sendo, por este motivo, inconstitucional, também não seria aqui minimamente sustentável a arguição de violação do princípio da igualdade. Para que tal ocorresse, a hierarquização escolhida –e já que teria necessariamente de haver alguma– só seria inconstitucional se fosse simplesmente arbitrária, e ostensivamente, não é, ou se constituísse uma singularidade carecida de justificação racional e imputável exclusivamente às opções políticas subjacentes ao Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, o que manifestamente também não é, como se comprova, sem margem de dúvida razoável, do facto de aquela ser também a ordenação de prioridades assumida pela Directiva 2014/59/UE e consequentemente mantida no plano nacional pela Lei n.º 23-A/2015, de 26 de Março⁹⁶.

- c) Mais discutível será a observância do princípio da igualdade no que se refere à forma e ao alcance com que o Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, acolheu o princípio "*nenhum credor ficará em pior situação*". De facto, quando consagrou este princípio, o legislador nacional de 2014 considerou-o aplicável unicamente a credores –o que correspondia, de resto, como vimos⁹⁷, ao sentido material da versão originária do *no creditor worse off* nos primeiros regimes de resolução surgidos em Direito comparado. Mas, face a essa opção, pode suscitar-se a questão de saber se as razões que justificam a concessão de uma tal garantia aos credores não implicam o seu alargamento necessário aos accionistas por força das imposições decorrentes do princípio constitucional da igualdade.

⁹⁵ Cf., especialmente, o artigo 184º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), onde se deixa claro que só após o pagamento da integralidade dos créditos sobre a insolvência o devedor terá direito ao remanescente, se o houver.

⁹⁶ Cf. a nova redacção do artigo 145º-D, n.º 1, do RGICSF.

⁹⁷ Cf. *supra*, I, 5.1.2.

De resto, tanto o RGICSF na sua versão actual, quanto, já na altura, a Directiva 2014/59/UE, acolhem o princípio numa versão ampliada, isto é, incluindo indiferenciadamente credores e accionistas no seu âmbito de aplicação.

Assim, antes mesmo de confrontarmos a constitucionalidade dessa opção, a discussão sobre a eventual violação do princípio da igualdade por não equiparação de accionistas a credores na abrangência do princípio remete-nos para a indagação das possíveis razões que podem justificar o facto de o legislador nacional de 2014 ter procedido à consagração do *no creditor worse off* com o seu âmbito originário, isto é, exclusivamente aplicável aos credores.

- d) Atrás já ensaiámos algumas explicações, de natureza política, mas também jurídica, para a manutenção da versão originária do princípio, isto é, com a diferenciação no tratamento de credores e de accionistas.

Como factor de natureza política teríamos a urgência na emissão do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, por facto da iminente resolução do BES, o que não aconselhava suportar a morosidade inerente a um processo de prévia concessão de autorização legislativa e, por isso, implicava que, legislando sem autorização, se deixassem de fora do objecto do diploma as matérias de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (e entre essas matérias contam-se os critérios de fixação de indemnizações por apropriação pública de empresas privadas ou por intervenção restritiva equivalente a expropriação em empresas privadas –artigo 165º, nº 1, alínea l, da Constituição)⁹⁸.

Por sua vez, e estreitamente relacionada com aquela outra, porque também exigiria autorização legislativa, teríamos o facto de a medida de resolução de recapitalização interna (*bail-in*) não ter sido acolhida no diploma nacional de 2014 (a autorização legislativa seria também aí devida pelo facto de essa medida se traduzir potencialmente em intervenção restritiva no conteúdo essencial do direito de propriedade, o que faria intervir a reserva de competência da alínea b), do nº 1, do artigo 165º da Constituição).

E, como se viu, foi esta nova medida de resolução, a de recapitalização interna, que esteve directamente ligada à ampliação da garantia do "*no creditor worse off*" aos accionistas na Directiva 2014/59/UE⁹⁹. Ora, como o *bail-in* se manteve ausente da legislação portuguesa aprovada em 2014, essa circunstância dispensava a necessidade da concomitante ampliação da abrangência do princípio aos accionistas e, logo, dispensava igualmente a correspondente necessidade de autorização legislativa.

Com efeito, a aplicação do *no creditor worse off* aos accionistas vem intimamente associada à imposição de recapitalização interna das instituições de crédito em dificuldades. Se quanto à medida de resolução que consiste na transferência de activos e passivos para uma instituição de transição, o verdadeiro sentido útil do princípio em causa se manifesta predominantemente relativamente aos credores e entre credores (os que viram os seus créditos *transferidos* e os que *ficaram para trás*), já quanto ao *bail-in* não há razões que justifiquem a sua não aplicação aos accionistas, uma vez que o sacrifício imposto –comparativamente ao que ocorreria com a liquidação da empresa em processo de insolvência– incide, nesse caso, indiferentemente tanto sobre credores quanto sobre accionistas.

⁹⁸ Cf., *supra*, II, 1. e II, 2.1.

⁹⁹ Cf. K-P Wojcic, "The significance and limits of the "no creditor worse off" principle for an effective bail-in" in *ECB Legal Conference*, 2015, págs. 253 e segs.

Ou seja, como a medida de *recapitalização interna* afecta potencialmente a substância do direito de propriedade em termos que podem ser considerados como *equivalentes a expropriação*, faltariam razões para justificar, aí, uma diferenciação de regimes entre categorias igual e directamente afectadas por aquela medida, accionistas ou credores.

Em todo o caso, e qualquer que fosse a explicação para o facto, o certo é que, não tendo o Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, introduzido o *bail-in*, não era, por isso, imediatamente exigível a ampliação do âmbito de aplicação do "*no creditor worse off*" aos accionistas e foi nesse circunstancialismo que, também quanto a este princípio, o legislador nacional de 2014 procedeu a uma transposição apenas parcial da Directiva 2014/59/UE, ou seja, garantindo a sua aplicação aos credores, nada referindo quanto aos accionistas.

- e) De resto, o Governo da altura não pode sequer ser juridicamente censurado pelo facto de ter dado azo a uma pretensa inconstitucionalidade resultante da diferenciação que passaria a existir na ordem jurídica entre credores e accionistas para este efeito. Acontece que, no caso, o Governo não tinha sequer, em rigor, competência legislativa para suprir a referida omissão por meios próprios, já que fixar critérios de indemnização relativos a intervenções restritivas estatais em empresas privadas, sobretudo quando *análogas a expropriações*, é, como dissemos, matéria de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (artigo 165º, nº 1, alínea l), da Constituição).

Portanto, o Governo tinha competência legislativa própria para determinar o processo de compensação dos credores (compensação pelo enfraquecimento indirecto dos seus direitos de crédito por facto da depreciação das condições económicas do devedor –artigo 62º da Constituição, mas sem afectar o conteúdo essencial do direito de propriedade), mas não já dos accionistas (indemnização por intervenção eventualmente *equivalente a expropriação* em empresas privadas –artigo 83º da Constituição).

No primeiro caso, relativamente à compensação dos credores, a matéria não está reservada à Assembleia da República porque não afecta o conteúdo essencial do direito de propriedade (alínea b), do nº 1, do artigo 165º da Constituição); no segundo caso, relativamente à indemnização ou compensação devidas a accionistas, a matéria está reservada à Assembleia da República (artigo 165º, nº 1, alínea l), da Constituição, na parte referente aos "critérios de fixação de indemnizações").

Tal constituiria mais uma razão suplementar para não *censurar* juridicamente o Governo por pretensa inconstitucionalidade: simplesmente, o Governo dispunha de competência legislativa própria para transpor parcialmente a Directiva 2014/59/UE tal como o fez, mas não já para fazer uma transposição integral¹⁰⁰, seja para consagrar a medida de resolução da recapitalização interna, seja para fazer aplicar o "*no creditor worse off*" aos accionistas das instituições de crédito. Logo, colocado perante uma urgência legislativa e perante o dever constitucional de protecção de direitos fundamentais e, ainda, perante o dever do Estado português de transposição da Directiva 2014/59/UE, o Governo actuou nos limites da sua competência política e legislativa: aprovou o Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, transpondo a Directiva nos limites da sua competência legislativa própria e apresentou na Assembleia da República a proposta de lei orientada à transposição integral da Directiva.

¹⁰⁰ Note-se que, entretanto, para se proceder à transposição integral da Directiva, o Governo apresentou na Assembleia da República a Proposta de Lei nº 264/XII, em 28.11.2014.

Perante essa limitação, poderia, nesse contexto de transposição parcial, suscitar-se a questão da eventual possibilidade de, através de uma interpretação das normas em causa do Decreto-Lei n.º 114-A/2014 em conformidade ao direito europeu, generalizar a aplicação do *no creditor worse off* –ali configurado como abrangendo unicamente os credores– também aos accionistas das instituições de crédito, tal como fazia a Directiva.

Estaria aí juridicamente em causa a admissibilidade de interpretação do Direito nacional em conformidade ao sentido normativo da Directiva, numa altura em que ainda não decorrera, todavia, o prazo de transposição, ou seja, estaríamos perante a hipótese de um chamado *efeito indirecto das Directivas* ou *princípio da interpretação harmoniosa*. Porém, ainda que numa primeira fase a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tivesse, a propósito dessa possibilidade, sido claudicante, hoje está jurisprudencialmente estabilizada a rejeição da existência de um tal efeito indirecto¹⁰¹.

Assim, estabelecida legalmente, na altura, a diferenciação de tratamento entre credores e accionistas quanto à aplicação do *no creditor worse off*, importa, então, verificar a sustentação da alegação de violação do princípio da igualdade por força dessa mesma diferenciação.

- f) A questão da observância da igualdade no tratamento de credores e de accionistas coloca-se nos dois planos de desenvolvimento dos deveres do Estado relativamente aos direitos fundamentais, o dever de protecção e o dever de respeito.

Quanto ao primeiro, atendendo à referida não consagração, na altura, da medida de *bail-in*, e face às medidas de resolução constantes do RGICSF em 2014, havia uma diferença sensível nas necessidades de protecção de credores e de accionistas que justificaria um conseqüente tratamento diferenciado das duas situações. Sendo certo que uns e outros vão ser afectados pelas medidas de resolução potencialmente aplicáveis, no caso era sobretudo a diferença de tratamento entre credores cujos créditos tinham sido *transferidos* e *não transferidos* para o *banco de transição* que era objecto da previsão de protecção do legislador. A posição jurídica dos accionistas surgirá, sobretudo, não tanto no plano dos deveres de protecção, mas sim de respeito do seu direito de propriedade afectado pelas medidas de resolução e que a seguir consideramos.

Ora, no âmbito do cumprimento de um dever de protecção de direitos fundamentais, cabe sempre ao legislador uma ampla margem de decisão sobre quais as formas politicamente mais adequadas ou mais oportunas para corresponder às exigências dessa protecção. Como temos defendido¹⁰², este dever estatal de protecção dos direitos fundamentais é condicionado por uma *reserva do politicamente adequado ou oportuno* que implica só dever conduzir concluir-se pela inconstitucionalidade da correspondente omissão na protecção do direito fundamental sempre que o Estado não realiza um limiar mínimo de protecção constitucionalmente exigível. Tratar-se-ia então de apurar se a referida diferenciação não deixava os accionistas completamente desprotegidos na efectivação do seu direito de propriedade aquando do desencadear de um processo de resolução, portanto, se teria sido incumprido o dever de assegurar uma protecção mínima constitucionalmente devida.

¹⁰¹ Cf. D. Chalmers/G. Davies/G. Monti, *European Union Law*, 2ª ed., Cambridge, 2010, págs. 294 e segs; P. Craig/G. de Búrca, *EU Law*, 6ª ed., Oxford, 2015, págs. 209 e segs.

¹⁰² Cf. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais*, Coimbra, 2010, págs. 271 e segs.

Nesse sentido, como à definição precisa desse limiar de protecção mínima não são indiferentes as próprias necessidades de protecção, dir-se-ia que, estando por definição sempre assegurada a aplicação dos princípios de Estado de Direito que proporcionam a devida protecção material ao direito de propriedade, então, neste caso, e enquanto não fosse introduzido o *bail-in*, o não alargamento do princípio "*nenhum credor ficará em pior situação*" aos accionistas não configura uma inconstitucionalidade por omissão porque aquela protecção jurídica de que a propriedade beneficia vai muito para além de um limiar mínimo constitucionalmente exigível.

Note-se, em qualquer caso, que, mesmo a existir, não caberia à autoridade de resolução, mas sim aos tribunais, corrigir o eventual défice de protecção. Muito menos caberia à Administração, numa situação tão duvidosa, recusar-se a aplicar uma norma em vigor com fundamento na sua inconstitucionalidade –que nem sequer existe– ou determinar a existência de um direito a compensação quando não dispunha de habilitação legal para tanto.

Como diz JORGE MIRANDA¹⁰³, antecipando uma hipótese exemplarmente replicada na presente situação, "*em caso de omissão legislativa parcial (v.g., por, quanto a uma norma não exequível por si mesma ou de protecção de direitos fundamentais [sublinhado nosso], a lei só conferir exequibilidade ou protecção a certo direito relativamente a certa pessoa ou categoria de pessoas, e não relativamente a todas as abrangidas pela norma constitucional), tudo estará não em paralisar a concretização já alcançada, mas em procurar obter, por meio dos mecanismos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, por ténues que sejam (art. 283º), o suprimento da omissão; só no limite, quando se tiverem criado verdadeiros privilégios ou discriminações arbitrários, deverá ser julgada inconstitucional a lei.*"

Importa, assim, verificar se seria esse o caso, para o que passaremos a analisar a questão na dimensão que se integra no domínio do dever de respeito dos direitos dos accionistas por parte do legislador quando instituiu um tratamento diferenciado entre aqueles e os credores.

- g) Resta, com efeito, saber se no domínio do cumprimento do dever estatal de respeito, não há, quando se reserva a aplicação do *no creditor worse off* aos credores, uma discriminação ou desigualdade de tratamento inconstitucional entre credores e accionistas.

A extrema premência e relevância do interesse público na garantia da estabilidade do sistema financeiro e da prevenção do risco sistémico sem recurso ao dinheiro dos contribuintes justificam, seguramente, a imposição do sacrifício especial que os regimes de resolução, como os que Portugal adoptou, representam para os afectados.

Em qualquer caso, e por razões de Estado de Direito, esse sacrifício especialmente imposto a alguns particulares em benefício do interesse público, do interesse de todos, não deve deixar de ser considerado digno de compensação e, no fundo, o mecanismo indemnizatório resultante do "*no creditor worse off*" é a forma encontrada para garantir que a compensação se faz numa medida de constitucionalidade segura nas circunstâncias do caso (portanto, determinando o prejuízo, não abstractamente, mas comparativamente ao que teria acontecido se a instituição de crédito entrasse em liquidação de acordo com os procedimentos comuns).

No entanto, se este tipo de justificação se aplica aos credores, também os accionistas, pelas mesmas razões de Estado de Direito, devem ser compensados por eventuais prejuízos que

¹⁰³ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, *cit.*, págs. 340 e seg.

sofram nos seus direitos de propriedade ainda que motivados legitimamente pela prossecução do interesse do bem-estar de todos. Isto é, se, por razões de interesse público, sofreram um prejuízo especial, então, tal como os credores, também os accionistas têm um igual direito a compensação determinada na medida do acréscimo marginal de prejuízo que lhes foi imposto nas circunstâncias do caso.

- h) Porém, ao contrário do que vem insinuado na questão colocada pela Consulta, este direito não é, nem poderia ser, minimamente afectado pela (não) consagração legal do *no creditor worse off* em 2014 ou, tão pouco, pela reserva da sua aplicação aos credores.

Com efeito, a instituição deste princípio tem uma dimensão material e uma dimensão procedimental/instrumental. A primeira refere-se à natureza de garantia ou de salvaguarda material do direito a compensação que, segundo este princípio, existe e é determinado em função da diferença entre prejuízo sofrido com a imposição das medidas de resolução e o prejuízo que seria hipoteticamente sofrido se no momento em que foi *resolvida*, a instituição de crédito em causa tivesse, ao invés, entrado em liquidação.

Apreciaremos com desenvolvimento nos pontos seguintes a alegação de inconstitucionalidade relacionada com os efeitos práticos desvantajosos da ausência de previsão expressa desta garantia no regime legal aprovado em 2014, mas, antecipando, dir-se-á que esses efeitos são praticamente inexistentes pelas razões seguintes.

Em geral, num processo comum de liquidação por insolvência que, com as devidas adaptações, é a situação que se pressupõe como termo de referência para a aplicação do *no creditor worse off*, os accionistas tendem a perder tudo, na medida em que, segundo o princípio constante do já referido artigo 184º, nº 1, do CIRE, o devedor só terá direito ao remanescente da liquidação após o pagamento da totalidade dos créditos existentes. Obviamente, embora pouco provável, existindo um saldo após essa liquidação, seja a liquidação operada no quadro de uma insolvência comum, seja resultante de um processo de resolução, os accionistas têm sempre garantido esse mínimo, sob pena de violação inconstitucional do seu direito de propriedade.

Portanto, serem ou não abrangidos pelo *no creditor worse off* deixaria os accionistas praticamente na mesma situação, o que significa, reflexamente, que a ausência da respectiva previsão no regime legal de 2014 não releva, em termos materiais, para introduzir diferença real de tratamento entre accionistas e credores.

De resto, comparando a situação real de uma liquidação organizada, controlada –que é a que se verifica num processo de resolução– com o tendencial descontrolo e *liquidação ao desbarato* próprio da liquidação de uma instituição de crédito num processo comum, seguramente os accionistas não ficariam numa posição mais favorável nesta última.

É certo que a consagração expressa da inclusão dos accionistas no âmbito de protecção do *no creditor worse off* constitui uma afirmação de princípio e uma garantia de que não sofrerão, com as medidas de resolução como as que estão em causa na situação em apreço, qualquer acréscimo de prejuízo relativamente ao que sofreriam com um processo comum de liquidação. Porém, em termos práticos, no que se refere à dimensão material do princípio, essa consagração não se traduziria em qualquer *plus* comparativamente ao regime vigente em 2014, pelo que, para efeitos da apreciação da eventual inconstitucionalidade por violação das exigências da igualdade no tratamento relativo de credores e accionistas, a distinção de

tratamento que lhes foi dispensada no artigo 145º-B do RGICSF pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, é irrelevante¹⁰⁴.

- i) Efeitos práticos da ausência de previsão expressa da aplicação do *no creditor worse off* aos accionistas existem, sim, no que se refere à dimensão procedimental, ou seja, a que se traduz no facto de que a aplicação do princípio determina que as medidas de resolução devam ser acompanhadas de uma avaliação *ex ante* dos prejuízos efectivamente sofridos –por credores ou por accionistas–comparados com os prejuízos hipotéticos que se verificariam presumivelmente em caso de liquidação da instituição de crédito naquela mesma altura segundo as regras da insolvência aplicáveis¹⁰⁵.

Essa é uma diferença real, na medida em que, pura e simplesmente, por não estar legalmente prevista na altura, em 2014, essa avaliação não foi feita no que se refere à comparação entre os prejuízos reais e presumidos dos accionistas. Porém, também aqui, se bem que existente, essa consequência é irrelevante para efeitos de eventual violação da igualdade de tratamento entre credores e accionistas, já que o facto de a avaliação dos prejuízos dos accionistas não ter sido feita na altura não preclui a necessidade e possibilidade da sua realização *a posteriori* e essa dilação em nada afecta a substância dos direitos dos accionistas.

Os prejuízos efectivamente sofridos podem ser, sem qualquer dificuldade acrescida, avaliados e contabilizados em qualquer altura e, por definição, a avaliação de prejuízos ficcionados, hipotéticos ou presumidos, exactamente porque nunca se chegaram a verificar, em nada é afectada pela sua realização em momento posterior.

2.3 Violação do princípio da proporcionalidade

Pergunta-se-nos se, "por não aplicar aos accionistas a cláusula de salvaguarda prevista para os credores na Directiva 2014/59/UE (cujo prazo de transposição para a legislação dos Estados-membros terminava a 31 de Dezembro de 2014), e sujeitando aqueles a um regime comparativamente mais gravoso, o artigo 145º-B do RGICSF – introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, esclarecendo e adaptando o disposto na correspondente versão do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro – é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18.º/2 da CRP".

Trata-se, portanto, aqui, de responder a uma dúvida nuclear que afecta todo o regime de resolução instituído pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, no que se refere aos accionistas.

No fundo, como já não é de um problema de igualdade que se trata –esse foi apreciado no ponto anterior–, mas de proporcionalidade, então a dúvida colocada corresponde a perguntar se, sem a salvaguarda do *no creditor worse off*, o regime de resolução introduzido no RGICSF pelo Decreto-

¹⁰⁴ Veremos posteriormente, no ponto 2.3.2., que a hipotética situação excepcional em que uma liquidação da instituição segundo as regras comuns viesse a determinar um resultado que se traduzisse na existência de um prejuízo comparado efectivo e relevante da parte dos accionistas não altera os dados da questão e a conclusão apurada.

¹⁰⁵ Cf., assim, a previsão dessa avaliação na alteração dos artigos 145º-F, nº 6, e 145º-H, nº 4, do RGICSF pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto.

Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, é ou não inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade ou, mais rigorosamente, por violação do princípio da proibição do excesso.

2.3.1 A estrutura do controlo de constitucionalidade relativo à observância do princípio da proibição do excesso

- a) Como pensamos ter demonstrado noutros locais¹⁰⁶, o controlo de observância do princípio constitucional da proibição do excesso ou da proporcionalidade pode fazer-se segundo duas metodologias diferentes e também com consequências bastante diversas entre si.

A primeira é a que procede a um controlo sucessivo e linear da observância, por parte das restrições em apreciação, dos diferentes subprincípios em que normalmente se considera dividido o controlo de verificação de eventual excesso: a aptidão, a indispensabilidade e a proporcionalidade (ou, como é corrente na terminologia da doutrina tradicional portuguesa, a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido restrito*). Sucede que um controlo efectuado segundo os parâmetros dessa metodologia, e a não ser que a restrição sob apreciação seja manifestamente inconstitucional, isto é, evidentemente desproporcionada, tende a concluir, invariavelmente, pela não inconstitucionalidade da medida em causa, o que se percebe facilmente.

Com efeito, todas as medidas, com excepção das puramente arbitrárias, apresentam sempre algum grau de aptidão ou de eficácia na prossecução dos fins em vista, o que, de acordo com o sentido normativo geralmente atribuído a este primeiro subprincípio (também comumente designado, mas menos correctamente, por *adequação*), conduz à conclusão invariável da sua não violação sempre que o fim não seja, em si mesmo, ilegítimo.

Em segundo lugar, praticamente todas as medidas restritivas seriam indispensáveis ou necessárias, pois, a não ser nos casos extraordinários de imposição gratuita de sacrifícios, é sempre muito difícil que o poder público disponha de uma medida exactamente tão eficaz como a que foi efectivamente escolhida e que seja menos restritiva, pelo que, também aí, e de acordo com o conteúdo normativo do subprincípio da necessidade, concebido nesta sua modalidade estrita, a medida em causa não seria considerada inconstitucional.

Por último, quanto à relação entre sacrifícios impostos e benefícios alcançados, que justifica um controlo à luz do subprincípio da proporcionalidade, e dado o elevado grau de subjectivismo inerente a esse tipo de apreciação, tenderia a reconhecer-se sempre uma margem significativa de avaliação ao próprio legislador, pelo que só a imposição de sacrifícios manifestamente desproporcionados correria o risco de vir a ser considerada inconstitucional.

Donde, como dissemos, que uma verificação de controlo da proibição do excesso assente nesta metodologia –verificação sucessiva da observância de cada um daqueles subprincípios, por parte de uma medida restritiva analisada na sua singularidade– se traduza, tendencialmente, em conclusão de não inconstitucionalidade.

- b) Também no caso em apreço essa seria a conclusão praticamente inevitável. Assim, sem dúvida que o tipo de regime de resolução em causa nos aproxima em alguma medida da realização

¹⁰⁶ Cf. Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, págs. 741 e segs; *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, págs. 161 e segs; *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, 2012, págs. 129 e segs.

do fim em vista (garantir a estabilidade financeira, a prevenção do risco sistémico e a segurança dos depositantes sem recorrer ao dinheiro dos contribuintes), pelo que as medidas e o regime de resolução previstos não seriam inaptos.

Da mesma forma, não haveria qualquer alternativa que fosse tão igualmente eficaz na realização dos objectivos em vista e que fosse menos restritiva dos direitos fundamentais dos afectados, pelo que o referido regime não seria também considerado desnecessário.

Por último, atendendo à grandeza avassaladora da importância dos benefícios que se procuram atingir, os sacrifícios impostos não seriam manifestamente desproporcionados, como, de resto, se comprova das diferentes decisões judiciais que, no plano internacional, já têm considerado o problema. Logo, também não haveria inconstitucionalidade por violação da proporcionalidade em sentido estrito.

No entanto, como dissemos, esta é uma metodologia de desenvolvimento dos *testes* de proporcionalidade que não perfilhamos, exactamente porque produz tendencialmente este tipo de resultado independentemente da relevância dos bens jusfundamentais sacrificados. Ou seja, só o que for manifestamente desproporcionado ou arbitrário se considera inconstitucional, o que, em nosso entender, é *pouco* relativamente à ambição natural e à necessidade de protecção dos direitos fundamentais em Estado de Direito.

Noutros locais procurámos ilustrar a inadequação do minimalismo de controlo que, em geral, decorre deste modelo de aplicação do princípio da proibição do excesso¹⁰⁷. No caso presente, estamos convictos de que a uma aplicação do princípio nesses mesmos termos –que é, de resto, a aplicação mais comum– não deixaria de concluir, de forma relativamente pacífica, pela não inconstitucionalidade do regime de resolução à luz do princípio da proporcionalidade, sobretudo quando se atende à enorme importância dos fins prosseguidos e à complexidade da avaliação subjacente.

- c) Preferimos, em todo o caso, uma outra metodologia de controlo que vimos de há muito defendendo, ou seja, uma metodologia que se baseie, não na apreciação isolada e estanque da proporcionalidade da medida restritiva em causa em função de um controlo de constitucionalidade sucessivamente aplicado através de cada um dos subprincípios referidos, mas, e em linha com a natureza estrutural do princípio da proibição do excesso, uma metodologia que assente numa apreciação da observância geral do princípio baseada na comparação de alternativas ao dispor do legislador.

Ou seja, ter-se-ia de verificar, segundo essa metodologia de controlo, em que medida, considerando conjuntamente os seus diferentes graus de eficácia na realização do benefício e de gravidade de imposição de sacrifício, a opção restritiva efectivamente escolhida, sempre em comparação com os efeitos de uma outra medida globalmente alternativa, produz um acréscimo marginal de benefícios suficientemente relevante para justificar o acréscimo marginal de sacrifícios que eventualmente também provoque. O juízo de eventual inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade resultaria, a final, dessa apreciação de conjunto.

¹⁰⁷ Cf., assim, a demonstração feita a propósito do *caso das farmácias*, em Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, cit., págs. 194 e segs.

2.3.2 A eventual violação das exigências da proporcionalidade pelo regime de resolução em vigor

- a) Assim, no caso, não se relacionariam estrita e exclusivamente os benefícios de interesse público e os sacrifícios de direitos fundamentais resultantes do novo regime de resolução –o que conduziria inevitavelmente à conclusão de que não haveria desproporcionalidade, de tal forma é incomparavelmente apreciável a importância avassaladora do interesse público protegido, dos riscos que se procuravam evitar e do interesse dos depositantes face aos sacrifícios impostos aos afectados–, mas deveriam confrontar-se benefícios e sacrifícios no quadro de uma relação, mais complexa, entre as alternativas disponíveis. No fundo, comparar-se-iam, de um lado, os acréscimos de benefício produzidos pelo novo regime de resolução, mas também o acréscimo por que é responsável na imposição de sacrifícios, com, do outro lado, os efeitos paralelos produzidos por uma alternativa objectivamente susceptível de, na mesma altura, ser utilizada pelos poderes públicos.

Ora, no caso, esta metodologia de controlo só poderia redundar na comparação dos efeitos potencialmente produzidos pelo novo regime de resolução quando comparados com os análogos efeitos que teriam sido produzidos se se mantivesse em vigor e fosse aplicado à instituição de crédito em crise o regime comum de liquidação anteriormente vigente.

Com efeito, quando se contesta a constitucionalidade do novo regime legal entretanto criado, adopta-se inevitavelmente a posição de que ele não deveria ter entrado em vigor e, logo, aplicar-se-ia à situação em causa o regime legal anteriormente vigente. Sempre pressupondo que a instituição de crédito estaria prestes a entrar em falência –pois é nesse pressuposto que o regime de resolução é construído e legitimamente accionado, pelo que será unicamente na apreciação da concreta Deliberação de resolução que apreciaremos posteriormente a verosimilhança e a adequação jurídico-constitucional da avaliação efectuada pelo Banco de Portugal– e abstraindo das especificidades aplicáveis à liquidação das instituições de crédito, a alternativa seria: ou uma liquidação de acordo com as regras de insolvência/liquidação comuns ou uma liquidação no quadro do novo regime de resolução.

Como se disse, excluída a possibilidade de nacionalização ou de *resgate* da instituição com fundos públicos –e deve sempre considerar-se legítima a exclusão desta possibilidade como estando juridicamente comportada pela margem de avaliação e de decisão políticas do poder público, isto é, nenhum poder público é *obrigado* a nacionalizar ou a *resgatar* uma empresa em falência–, então a única via alternativa aos novos regimes de resolução é, genericamente, a aplicação dos regimes comuns de insolvência.

- b) Portanto, na perspectiva dos sacrifícios impostos aos titulares dos direitos fundamentais de propriedade e de livre iniciativa económica privada afectados, aquilo que haveria essencialmente a avaliar juridicamente quando se considera a constitucionalidade do novo regime de resolução à luz do princípio da proporcionalidade, não são pura e simplesmente os danos provocados nos interesses económicos e patrimoniais dos accionistas e dos credores, mas sim a situação em que ficam os interesses protegidos por esses direitos por terem sido afectados pela aplicação do novo regime de resolução, comparada com a situação em que ficariam se fosse aplicada à instituição de crédito em crise o regime comum de insolvência.

Por sua vez, esse resultado, apurado no lado dos sacrifícios, deveria ser avaliado em ponderação com os ganhos do ponto de vista da garantia da estabilidade financeira, da prevenção do risco sistémico e de protecção dos direitos dos depositantes que cada uma das

alternativas em comparação proporcionária. Ou seja, em termos práticos e na situação concreta, a realização significativa dos fins em vista por parte do novo regime de resolução seria contrastada com a ausência de qualquer benefício sensível no plano da realização daqueles interesses se tivesse sido aplicado o regime comum da insolvência.

Então, o resultado global dessa avaliação resulta igualmente óbvio, tal é a manifesta superioridade comparativa do novo regime de resolução. Enquanto que os prejuízos sofridos pelos accionistas e pelos credores (considerando aqui apenas os credores *deixados para trás*, uma vez que seria apenas relativamente a esses que seria utilmente invocável a inconstitucionalidade do novo regime) são substancialmente idênticos num e no outro caso, isto é, accionistas e credores tendem, nas duas hipóteses, a perder parte significativa das suas posições ou mesmo praticamente tudo¹⁰⁸, uma vez que apenas alimentam, nos dois casos, uma expectativa de acesso a um valor remanescente puramente residual¹⁰⁹, há duas diferenças substanciais e decisivas no lado dos benefícios.

Em primeiro lugar, a alternativa constituída pelo novo regime de resolução é clara e indiscutivelmente preferível, até porque a aplicação do regime comum de insolvência não produziria previsivelmente, desse prisma de avaliação dos benefícios, qualquer acréscimo marginal positivo.

Desde logo, por definição, os efeitos da alternativa da resolução já eram claramente favoráveis para todo o conjunto de credores cujas posições tivessem sido *salvas* pela autoridade de resolução através da sua transferência para uma instituição de transição ou através da sua alienação a um comprador privado.

Por outro lado, e decisivamente, a importância da vantagem na salvaguarda assim conseguida do interesse público é verdadeiramente avassaladora, do ponto de vista da garantia de continuidade da actividade bancária, de garantia de estabilidade financeira e de prevenção do risco sistémico bem real, tendo em conta a importância das instituições potencialmente abrangidas.

Portanto, quando se comprova com relativa facilidade que com o novo regime de resolução ninguém fica pior do que ficaria com a aplicação do regime comum de insolvência e que interesses públicos da maior relevância, bem como o interesse dos depositantes, ficam substancial e significativamente favorecidos, então a questão da eventual inconstitucionalidade do novo regime de resolução, apreciada na perspectiva da observância do princípio da proibição do excesso, fica inequivocamente resolvida no sentido da não inconstitucionalidade.

- c) Que essa conclusão pode ser considerada relativamente pacífica, comprova-se com apelo à jurisprudência do Tribunal Constitucional de aplicação do princípio da proporcionalidade, que segue, em geral, a referida metodologia de controlo sucessivo e linear de cada um dos subprincípios ou máximas da proibição do excesso. Nesse aspecto, parece-nos particularmente esclarecedor o Acórdão n.º 391/2002, de que transcrevemos os principais extractos, tanto pela afinidade substancial da matéria sobre que incide –eventual ofensa ao princípio da proporcionalidade em domínio do direito de propriedade de sócios minoritários

¹⁰⁸ De facto, não pode deixar de se considerar que também num processo de insolvência comum dos bancos, os accionistas, tendo o estatuto menos privilegiado, tendem a perder tudo; por outro lado, se bem que os credores tenham uma expectativa mais elevada, a sua possibilidade de recuperação de algum valor é tipicamente muito baixa e pode até ser comparativamente mais desfavorável que a dos próprios accionistas, dada a responsabilidade limitada destes. Cf. M. Cihák/E. Nier, "The need for special resolution regimes for financial institution...", *cit.*, págs. 411 e seg.

¹⁰⁹ Cf. K. Alexander, "Bank resolution regimes: balancing prudential regulation and shareholder rights" in *Journal of Corporate Law Studies*, 2009, 9, 1, pág. 66.

por venda forçada de participações sociais em contexto de falência de empresas– como por, de alguma forma, pelo menos no final, ter assomado na fundamentação a que o Tribunal Constitucional recorre a perspectiva de comparação de alternativas que adoptamos e utilizámos atrás. Não será desrazoável extrapolar que, transpondo o mesmo tipo de raciocínio para o caso em apreciação nesta Consulta, a conclusão seria invariavelmente, e por maioria de razão, a mesma.

Vejamos, retirado da parte da Fundamentação do Acórdão nº 391/02 do Tribunal Constitucional:

"4. [...]

"A recorrente considera que a alienação forçada de participações sociais, no âmbito de um processo especial de recuperação de empresas, prevista nas normas contidas nos preceitos transcritos, viola o direito à propriedade, insito no artigo 62º da Constituição, e o princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18º da Constituição.

Para se proceder à apreciação da questão de constitucionalidade suscitada nos presentes autos, é importante caracterizar, ainda que sumariamente, o contexto fáctico e normativo no qual a alienação de participações sociais é determinada, assim como identificar as finalidades que essa medida prossegue. Só desse modo será possível realizar a ponderação de valores que a questão de constitucionalidade suscitada reclama.

*Assim, cabe realçar que a alienação forçada de participações sociais, contra a qual a recorrente se insurge, constitui, no âmbito da recuperação económica de uma qualquer empresa uma medida que visa possibilitar a viabilidade financeira da empresa e, nessa medida, assegurar os postos de trabalho de quem na empresa exerce a sua actividade profissional, garantir os investimentos já realizados e, em última análise, permitir a subsistência da recorrida como agente relevante e actuante no mercado económico e empresarial nacional (é assim que é perspectivada pelo tribunal *a quo*, não cabendo ao Tribunal Constitucional pôr em causa tal entendimento, e desde logo é assim que a própria lei a configura – cf. artigo 108º, n.º 2, transcrito supra).*

Consequentemente, a não concretização do plano de recuperação da empresa, nomeadamente da medida de alienação parcial de participações, comprometendo a própria estratégia de viabilização económica da empresa recorrida, com todas as consequências sociais, financeiras e políticas inerentes, repercute-se também na esfera dos detentores das participações sociais cuja alienação se pretende, na medida em que a falência da empresa implica, necessariamente, a desvalorização das participações dos sócios, isto é, dos direitos cuja tutela agora é reclamada.

Por outro lado, a medida em causa, decidida em Assembleia de Credores, tem de ser homologada, como foi no caso, nos termos da lei, por um juiz, o que garante a verificação, por uma entidade independente e isenta, da adequação e da legalidade da medida em causa (cf. Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e Falência Anotado, 1994, anotação ao artigo 108º).

É, pois, neste quadro que deve ser confrontada a dimensão normativa impugnada com os artigos 62º e 18º da Constituição.

5. A protecção do direito à propriedade encontra-se consagrada no artigo 62º da Constituição.

A consagração constitucional de tal direito confere uma protecção efectiva contra privações ou restrições arbitrárias ou desprovidas de fundamento do direito em causa (cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, 1993, p. 332).

A tutela constitucional do direito à propriedade não significa, porém, que o legislador não possa consagrar em determinados casos limitações ou restrições a esse direito (cf., neste sentido, referindo-se genericamente aos direitos fundamentais, Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª Edição, 2001, p. 274 e ss). Com efeito, não é incompatível com a tutela constitucional da propriedade a compressão desse direito, desde que seja identificável uma justificação assente em princípios e valores também eles com dignidade constitucional, que tais limitações ou restrições se afigurem necessárias à prossecução dos outros valores prosseguidos e na medida em que essas limitações se mostrem proporcionais em relação aos valores salvaguardados. No Acórdão n.º 471/2001, o Tribunal Constitucional, confrontando o artigo 101º do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e Falência com o artigo 62º da Constituição, considerou que "o facto de o texto constitucional não estabelecer restrições explícitas à propriedade privada não significa que elas não possam existir". Também no Acórdão 187/2001, o Tribunal Constitucional refere que o direito de propriedade deve ser articulado com outras exigências constitucionais.

Na ordem axiológica constitucional é possível, pois, encontrar fundamento legítimo para a restrição de dimensões mais ou menos abrangentes do direito de propriedade. Com efeito, consubstanciando a Constituição uma multiplicidade de valores, há que proceder à compatibilização e harmonização desses valores, o que implicará, em determinados casos, compressões ou afectações, em face de uma ponderação de interesses assente em critérios também eles constitucionalmente relevantes. Não é, portanto, procedente sustentar, como parece pretender a recorrente, que a Constituição apenas admite limitações ao direito à propriedade no caso de expropriação por utilidade pública (neste sentido, cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., p. 334).

6. *No presente caso, como se sublinhou, é submetida ao Tribunal Constitucional a apreciação da conformidade à Constituição da norma que prevê a alienação forçada de participações sociais como medida necessária (essencial) para a recuperação da empresa.*

Na ponderação que o confronto da norma impugnada com a Constituição reclama há ainda que explicitar alguns aspectos.

Na perspectiva dos titulares das acções que irão ser alienadas, estão em causa naturalmente os respectivos interesses patrimoniais que se concretizam nos direitos inerentes a essa titularidade. É assim afectada uma dimensão do direito de propriedade (o facto de estarem em causa participações sociais não colide com tal afirmação – cf., nesse sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., p. 331). Mas a afectação de uma dada dimensão do direito de propriedade – direito esse de resto economicamente menos valorizado pela falência da empresa – ocorre para salvaguardar, como se mencionou, a subsistência de uma unidade produtiva relevante no mercado empresarial, de postos de trabalho e, em última instância, de um factor de desenvolvimento regional e, nessa medida, nacional.

Cabe, neste momento, invocar de novo o que se deixou dito a propósito do regime da alienação forçada de participações sociais, nomeadamente que tal alienação é tida como essencial para a prossecução dos objectivos enunciados e é objecto, como foi no caso, de homologação judicial, o que faculta um controlo efectivo da deliberação da Assembleia de Credores (para além de, nos termos do artigo 108º, nº 2, do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, ocorrer a audição dos titulares das participações).

Ora, em face destes factores de ponderação, há que concluir pela não inconstitucionalidade da norma em questão. Na verdade, o sacrifício solicitado aos titulares das participações sociais alienadas é adequadamente justificado no plano constitucional pela relevância dos valores salvaguardados com a medida, nomeadamente os inerentes à viabilização de um agente económico, à preservação de postos de trabalho e à manutenção de uma unidade produtiva no mercado nacional [cf., neste sentido, Coutinho de Abreu, "Providências de Recuperação de Empresas e Falência (Apontamentos de Direito Português)", Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. LXXIV, p. 118, onde é citada doutrina e jurisprudência].

Cabe ainda sublinhar mais uma vez que a procedência da tese da recorrente traduzir-se-ia numa desvalorização significativa das participações sociais, uma vez que seria inviabilizado o plano de recuperação da empresa (cf. artigo 108º, nº 2, do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência), podendo mesmo ficar definitivamente comprometida a possibilidade de recuperação do capital investido. Assim, e de acordo com esta perspectiva, a não concretização da alienação, impedindo a recuperação económica da empresa, implicaria uma afectação do próprio direito de propriedade dos titulares das acções (no caso, o seu valor económico), uma vez que estes passariam a ser titulares de participações numa empresa falida. Nessa medida, a pretensão da recorrente afigura-se, ao contrário do que é sustentado, incompatível com uma efectiva e eficaz protecção da propriedade, dado não ter a virtualidade de assegurar a subsistência do conteúdo funcional do direito de propriedade cuja afectação se invoca.

7. Conclui-se, portanto, pela improcedência do presente recurso."

- d) Retomando a linha de pensamento atrás desenvolvida, a aplicação do princípio da proporcionalidade segundo uma perspectiva de comparação das alternativas disponíveis é o modelo de utilização do princípio que consideramos constitucionalmente adequado. Curiosamente, no caso do novo regime de resolução, o legislador nacional, no seguimento do legislador europeu, convergiu objectivamente neste mesmo entendimento das exigências de constitucionalidade quando consagrou expressamente o acolhimento de uma salvaguarda – o princípio "*no creditor worse off*" – que, no fundo, traduz muito aproximadamente, neste domínio, o tipo de preocupações garantistas que justificam igualmente a metodologia de aplicação do princípio da proibição do excesso atrás defendida.

Ou seja, para salvaguardar a intocabilidade jurídica de todo o processo de resolução, na linha do legislador europeu, também o legislador nacional, quando acolhe o *no creditor worse off*, não se sustenta numa avaliação isolada de benefícios e de prejuízos associados a uma única solução normativa, a que se traduz no modelo de resolução adoptado, mas assegura a *validação* dessa solução no confronto com a alternativa de liquidação da instituição segundo as regras comuns de liquidação aplicáveis, garantindo, no limite, que aos afectados não são impostos mais encargos ou sacrifícios que os que lhes seriam impostos no regime comum e assegurando, em contrapartida, toda uma plêiade de benefícios que sem a activação do regime de resolução não seriam alcançados.

Como se viu atrás, a integração do *no creditor worse off* nos regimes de resolução baseia-se no cotejo das consequências (positivas e negativas) do regime de resolução com as prováveis consequências do regime comum de insolvência.

- e) No entanto, como no regime de resolução nacional em vigor em 2014 o *no creditor worse off* não abrangia os accionistas, a dúvida de constitucionalidade subjacente à Consulta consistiria,

precisamente, em saber se, por não prever uma salvaguarda do tipo da consagrada para os credores, os accionistas ficariam desproporcionadamente desprotegidos. Não está em causa, note-se, a questão da eventual desigualdade de tratamento, mas apenas a desproporcionalidade resultante dessa pretensa desprotecção, quando comparada com a salvaguarda que é proporcionada aos credores.

Ora, a aplicação do controlo de proporcionalidade nos moldes atrás propostos permitiu evidenciar que, também no caso dos accionistas, nem há violação deste princípio nem, garantida que esteja a não desproporcionalidade do regime de resolução, a eventual aplicação do *no creditor worse off* produziria qualquer alteração jurídica na situação dos accionistas.

Não há desproporcionalidade quando, como vimos, o respectivo controlo é feito segundo a metodologia tradicional, nem quando foi aplicado, como fizemos, na modalidade mais exigente de comparação de alternativas. Considerando o assinalado conjunto relevantíssimo de benefícios visados e proporcionados pelo regime de resolução –designadamente os derivados da garantia de estabilidade do sistema financeiro, para além dos proporcionados a depositantes e outros credores que viram os seus créditos protegidos–, não haverá seguramente risco de desproporcionalidade se os sacrifícios impostos aos accionistas com a activação da resolução não forem significativamente maiores que os que lhes seriam impostos através de um processo comum de liquidação.

Ora, do lado dos sacrifícios, a liquidação da instituição segundo as regras comumente aplicáveis determinaria que só após a satisfação da integralidade dos créditos os accionistas teriam direito a um eventual, mas também muito improvável remanescente. Improvável porque, atendendo às circunstâncias objectivas de debilidade de onde se partia e à perda de valor inevitável numa situação de liquidação forçada sob pressão de acontecimentos não controláveis, muito dificilmente restaria algum saldo após a satisfação integral dos créditos. Como se viu, nos termos do já referido artigo 184º, nº 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, que "[S]e o produto da liquidação for suficiente para o pagamento da integralidade dos créditos sobre a insolvência, o saldo é entregue ao devedor pelo administrador da insolvência".

Precisamente, aquilo que o *no creditor worse off* garante é que o sacrifício efectivamente sofrido pelos accionistas com o processo de resolução não seja maior que aquele que sofreriam caso a instituição de crédito tivesse entrado em liquidação nesse mesmo momento de acordo com as regras de liquidação comum aplicáveis. E, como se disse, com toda a probabilidade esse sacrifício não é maior, dado que, tendencialmente, as circunstâncias objectivas de uma liquidação forçada de uma instituição de crédito conduzem à inexistência de qualquer remanescente após a satisfação da integralidade dos créditos ou a um valor puramente residual.

Por isso, normalmente, a aplicação do *no creditor worse off* aos accionistas não se traduz, relativamente às medidas de resolução como as que estão aqui em causa, em alteração sensível da respectiva posição, pelo que, nessas circunstâncias, a alegação de inconstitucionalidade derivada de violação da proporcionalidade por ausência expressa dessa salvaguarda resultaria sem fundamento.

De resto, antes da vigência dos regimes agora generalizados na Europa por força da transposição da Directiva 2014/59/UE, os regimes de resolução já em vigor, no Reino Unido, mas também noutros países, ou não consagravam aquela salvaguarda ou só a faziam aplicar

aos credores e não foram, por tal motivo, considerados como violando os direitos fundamentais da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ou das Constituições nacionais.

- f) No entanto, se essa será, com grande probabilidade, a situação *normal*, isto é, o caso em que a gravidade da situação financeira da instituição de crédito conduz a que, em qualquer das alternativas –resolução ou liquidação segundo as regras comuns aplicáveis– os accionistas, porque assumem, em primeiro lugar, os riscos e os custos da falência da instituição, acabam, por esse facto, por não obter qualquer valor significativo através da garantia mínima e invariavelmente aplicável constituída pelo artigo 184º, nº 1, do CIRE –isto é, num e no outro caso têm direito ao remanescente da satisfação dos créditos devidos– tem de admitir-se poder haver, no entanto, situações excepcionais.

Isto é, pelo menos em tese, podemos conceber a existência de situações em que se uma instituição de crédito tivesse entrado em processo comum de liquidação no momento em que foi *resolvida*, tal daria origem a um remanescente, a atribuir aos accionistas, significativamente maior que o que lhes (não) coube no desenvolvimento e concretização do processo de resolução.

Nessa altura, a *anormalidade* da situação –que, como se disse, admitimos em tese– determinaria uma diferença de tratamento dos accionistas consoante se lhes aplicasse ou não o *no creditor worse off*. Ou seja, no caso de aplicação dessa salvaguarda eles teriam, a final, direito a um remanescente significativo, correspondente a um valor resultante de um processo ficcionado de liquidação segundo as regras comuns, enquanto que, tendo-lhes sido aplicado o novo regime de resolução, mas sem aquela salvaguarda, eles acabariam por não receber qualquer montante significativo.

Note-se que, ainda assim, nessa altura, o prejuízo efectivamente sofrido pelos accionistas continuaria, em princípio, sobretudo quando o respectivo controlo é efectuado segundo o procedimento mais comum, a não ser considerado desproporcional, dada a importância avassaladora dos benefícios prosseguidos com a resolução. Todavia, não deixaria de subsistir um risco de violação dos princípios do Estado de Direito e uma eventual violação do direito de propriedade pelo facto de existir um sacrifício relevante dos interesses patrimoniais dos accionistas e que os afectava especialmente dada a impossibilidade de invocação do *no creditor worse off*.

Nesse caso excepcional, hipotético, a ausência da consagração atempada do *no creditor worse off* teria deixado os accionistas desprotegidos face ao sacrifício que viriam efectivamente a sofrer com a resolução, o que, em termos substantivos, poderia redundar em inconstitucionalidade, tal como se alega na pergunta considerada na Consulta, dado que os accionistas teriam sido afectados por um prejuízo relevante e especial, ainda que para fins justificados de prossecução do bem comum.

Contudo, também aí, mesmo considerando a elevada improbabilidade de esta hipótese efectivamente ocorrer, não haveria inconstitucionalidade, porque no regime jurídico aplicável não há, também nesse caso, qualquer situação de desprotecção.

- g) É que, como vimos atrás¹¹⁰, não há na ordem jurídica portuguesa qualquer desprotecção juridicamente relevante nesta situação, uma vez que os interesses patrimoniais e os direitos fundamentais dos accionistas afectados estão adequadamente protegidos e salvaguardados pelo direito à indemnização por danos directos provocados por facto lícito, previsto no artigo 16º do regime de responsabilidade aprovado pela Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro.

Para tanto, será todavia necessário que se apure a existência de um prejuízo anormal e especial por facto da afectação efectivamente ocorrida no conteúdo substancial do direito, considerando-se, para efeitos da aplicação desta lei, "*especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito*"¹¹¹.

Dado que assumir os riscos e suportar os encargos das vicissitudes susceptíveis de afectar o exercício da actividade bancária, incluindo a sua eventual falência, é um *custo próprio da vida em sociedade*, a existência de um prejuízo *especial e anormal* só pode ser apurado em função da comparação com o que teria acontecido aos mesmos interesses patrimoniais e direitos afectados se não tivesse ocorrido a intervenção pública desenvolvida ao abrigo do regime de resolução em vigor numa situação de falência iminente. No fundo, exactamente o mesmo que teria sido garantido aos accionistas com a aplicação do *no creditor worse off*.

- h) No entanto, para a defensabilidade indiscutível da não inconstitucionalidade apurada segundo este modelo de controlo, há que verificar ainda se, de facto, as alternativas disponíveis são as que considerámos, isto é, se, nas condições de aplicação do novo regime de resolução, a única alternativa disponível era a da insolvência.

Ora, quanto a esta questão, dir-se-á que, teoricamente, não. Isto é, tal como comprovado na experiência dos últimos anos, mais precisamente, desde a crise de 2007/2008 cujo enquadramento e desenvolvimentos abordámos na primeira parte, perante uma crise de uma instituição de crédito normalmente caracterizável, sobretudo na época, como *too big to fail*, haveria sempre a alternativa da capitalização externa, recorrendo a fundos públicos e ao dinheiro dos contribuintes, tal como foi praticado na generalidade dos países que se viram a braços com uma situação desse tipo. Mas, foi, precisamente, por se terem considerado as vantagens e os inconvenientes dessa solução¹¹², que se vieram a adoptar regimes de resolução substancialmente afins do regime que o legislador nacional adoptou em 2012 e manteve em 2014.

Contestar-se-á, porventura, a adequação política dessa opção, mas, qualquer que seja a opinião a esse respeito, não pode deixar de se reconhecer que, à luz da separação de poderes vigente em Estado de Direito, essa é uma opção de natureza essencialmente política que deve ficar fora de sindicabilidade judicial. Se o poder político democrático faz essa opção, ela é constitucionalmente indiscutível, já que não há nenhuma imposição constitucional de *salvar* com o dinheiro dos contribuintes uma instituição de crédito em falência quando tal não se exige para uma qualquer outra empresa nas mesmas circunstâncias. *Resgatar* ou não, com

¹¹⁰ Cf. *supra*, II, 2.1.

¹¹¹ Cf. artigo 2º do regime aprovado pela Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro.

¹¹² Cf. *supra*, I, 1.

recurso a fundos públicos, é opção situada inteiramente na margem de decisão do poder político.

Nessa altura, não entrando esta outra alternativa na equação para efeitos de controlo de constitucionalidade, do ponto de vista jurídico-constitucional, e para assegurar a incontestabilidade do modelo de controlo adoptado, resta apurar se o regime de resolução vigente na altura observava as exigências do princípio da proibição do excesso, mormente as de indispensabilidade da medida restritiva aplicada, quando admitia a intervenção das medidas de resolução.

Designadamente, resta apurar se o regime de resolução vigente assegurava com objectiva razoabilidade a verificação do pressuposto de onde partimos, ou seja, o de que, nas condições do caso, nada mais havia a fazer, da parte da autoridade de resolução colocada perante a deterioração irreversível da situação financeira de uma instituição de crédito: simplesmente, a alternativa objectivamente disponível à aplicação das medidas de resolução seria a da insolvência da instituição em causa.

- i) No artigo 140º do RGICSF dispõe-se que, na adopção das medidas previstas no título VIII (medidas de intervenção correctiva, de administração provisória e de resolução), o Banco de Portugal não se encontra vinculado a observar qualquer relação de precedência, estando habilitado *"a combinar medidas de natureza diferente, sem prejuízo, em qualquer caso, da verificação dos respectivos pressupostos de aplicação"*.

Por outro lado, a aplicação dessas medidas *"está sujeita aos princípios da adequação e da proporcionalidade, tendo em conta o risco ou o grau de incumprimento, por parte da instituição de crédito, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua actividade, bem como a gravidade das respectivas consequências na solidez financeira da instituição em causa, nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro"* (artigo 139º).

Em todo o caso, segundo o artigo 144º, *"verificando-se que as medidas de intervenção correctiva aplicadas não permitiram recuperar a instituição de crédito, ou considerando-se que as mesmas seriam insuficientes"*, pode o Banco de Portugal *"aplicar uma medida de resolução, se tal for necessário para garantir o cumprimento das finalidades previstas no artigo 145.º-A e se estiverem reunidos os requisitos previstos no artigo 145.º-C"* (alínea b) do artigo 144º).

Os objectivos ou as finalidades dessas medidas de resolução são, como se dispõe no referido artigo 145º-A, *assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais, acautelar o risco sistémico, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e salvaguardar a confiança dos depositantes*.

Porém, na prossecução dessas finalidades, o Banco de Portugal só pode tomar uma medida de resolução quando *"uma instituição de crédito não cumpra, ou esteja em risco sério de não cumprir, os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua actividade"* (artigo 145º-C, nº 1) e, ainda, o Banco de Portugal considere *"não ser previsível que a instituição de crédito consiga, num prazo apropriado, executar as acções necessárias para regressar a condições adequadas de solidez e de cumprimento dos rácios prudenciais"* (artigo 145º-C, nº 2).

Aproximamo-nos, portanto, na previsão do legislador, de uma situação de crise extrema, em que, como dizíamos, pelo menos na análise feita pelo Banco de Portugal enquanto autoridade de resolução, a alternativa que se coloca à imposição de medidas de resolução seja, pura e simplesmente, a liquidação da instituição de crédito segundo o regime de insolvência.

E esta conclusão impõe-se, do ponto de vista da análise da observância do princípio da proporcionalidade por parte do legislador que criou o regime de resolução em apreciação, não apenas porque nele se obriga o Banco de Portugal a sujeitar-se às exigências de indispensabilidade impostas pelo princípio da proibição do excesso (ou, na terminologia adoptada pelo legislador, *os princípios da adequação e da proporcionalidade*), mas, sobretudo, quando se tem em conta a gravidade dos pressupostos exigidos para se considerar que "*uma instituição de crédito não cumpra, ou esteja em risco sério de não cumprir, os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua actividade*".

Com efeito, nos termos do artigo 145º-C, nº3, isso só ocorre quando, entre outros factos atendíveis, se verifique alguma das seguintes situações:

"a) A instituição de crédito tiver tido prejuízos ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo possa vir a ter prejuízos susceptíveis de consumir o respectivo capital social;

b) Os activos da instituição de crédito se tornem inferiores ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo se tornem inferiores às respectivas obrigações;

c) A instituição de crédito estiver impossibilitada de cumprir as suas obrigações, ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo o possa ficar."

Donde se pode concluir, com elevada segurança, que quando uma instituição de crédito caia numa situação com esta gravidade, podendo objectivamente verificar-se a revogação da autorização para o exercício da actividade, o que, nos termos do artigo 22º, nº 3, do RGICSF, implicaria a dissolução e liquidação da instituição, a alternativa que se coloca a um processo de resolução, excluída que esteja a nacionalização ou a recapitalização com fundos públicos, seja realisticamente a da insolvência.

Pode-se dizer, no entanto, que, num dado caso concreto, sendo essa a decisão do Banco de Portugal, tal decisão não correspondia à situação real da instituição e, por isso, a medida de resolução aplicada teria sido desproporcionada. Pode, de facto, acontecer, mas aí já estamos perante o problema jurídico da eventual desproporcionalidade da concreta e pontual medida de resolução decidida pelo Banco de Portugal –problema que apreciaremos a seguir–, mas não perante a eventual inconstitucionalidade de um regime de resolução que se preocupou, manifestamente, em reservar a legitimidade de aplicação das medidas de resolução em causa para situações verdadeiramente extremas e de último recurso. Daí que, independentemente das vicissitudes concretas, não se considere inconstitucional, por eventual desproporcionalidade, o regime de resolução adoptado pelo legislador nacional em 2012 e mantido, com alterações, em 2014.

2.4 Violação do princípio da protecção da confiança

- a) Pergunta-se-nos se, "por terem surgido na sequência de uma "repentina", e apenas parcial, transposição da referida directiva europeia – dando desse modo origem a um regime comparativamente mais gravoso para os accionistas do que para os credores –, os artigos 145.º-B, 145.º-F, 145.º-H, 145.º-I, 153.º-M, 155.º e 211.º do RGICSF, na versão do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, são inconstitucionais por violação dos princípios do Estado de Direito e da protecção da confiança"

Face a esta alegação de inconstitucionalidade, lembrando e dando como reproduzido o sumário das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 114-A/2014, de 1 de Agosto, que fizemos atrás¹¹³, importa perceber em que medida, pelo seu conteúdo normativo, poderiam tais alterações violar a confiança legítima que os accionistas da instituição de crédito que entraria em resolução, depositavam na continuidade do regime de resolução então vigente.

Com efeito, na aplicação do princípio da protecção da confiança relativamente ao legislador, é precisamente disso que se trata: os particulares confiam na continuidade do regime jurídico que está em vigor, designadamente porque o Estado os levou a crer que ele se manteria; fizeram eventualmente planos de vida e conformaram o seu comportamento em função dessa crença –o chamado *investimento de confiança*– e, inesperadamente, o legislador frustra radicalmente essas expectativas, alterando o regime em vigor num sentido oposto ao das expectativas criadas. Nessa altura, verificado este tipo de situação, tratar-se-ia de apurar se o interesse público prosseguido pelo legislador, e que pretensamente justificaria a referida frustração de expectativas, era suficientemente forte para prevalecer e se não existia uma outra forma de o realizar que, sem pôr significativamente em causa as finalidades almejadas, permitisse salvaguardar de algum modo as expectativas dos particulares¹¹⁴.

- b) Porém, confrontando o sentido das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, com a alegação de inconstitucionalidade em apreciação, não se vê facilmente em quê e em que medida poderia qualquer dessas alterações contender com as exigências colocadas pelo princípio constitucional em causa.

Desde logo, se é certo que todo o processo de aprovação, promulgação e entrada em vigor do diploma em causa decorreu com inusitada rapidez, se bem que sem preterição de quaisquer procedimentos constitucionalmente exigíveis, o sentido das alterações era, globalmente, o de há muito esperado, tendo em conta que se tratava, parcialmente, de transposição da Directiva 2014/59/UE (cujo prazo de transposição para a legislação dos Estados-membros terminava a 31 de Dezembro de 2014) e o novo diploma entrou em vigor em Agosto desse ano.

Em segundo lugar, como vimos atrás¹¹⁵, as alterações têm um carácter vantajoso para os potencialmente afectados e, mesmo no que se refere aos accionistas, que não beneficiaram da transposição do princípio "*no creditor worse off*", a sua situação em nada ficou prejudicada relativamente ao regime que lhes era aplicado antes destas alterações.

A única excepção que pode ter tido algum sentido desvantajoso, refere-se à impossibilidade de transferência para o banco de transição dos créditos resultantes de obrigações contraídas pela instituição de crédito perante pessoas ou entidades que nos dois anos anteriores tenham tido participação igual ou superior a 2 % do capital social. Mas, mesmo esta alteração, que qualificámos, em rigor, como tendo um efeito *neutral*, não pode ser juridicamente configurada como frustração de expectativas, já que os ex-accionistas naquelas circunstâncias não tinham qualquer direito ou expectativa juridicamente protegida a verem os seus créditos transferidos em caso de aplicação da respectiva medida de resolução.

¹¹³ Cf. *supra*, II, 1.1.1.

¹¹⁴ Cf., sobre este princípio e jurisprudência constitucional de referência, Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, cit., págs. 261 e segs.

¹¹⁵ *Supra*, II, 1.1.1.

Por último, para além de não pré-existir, sequer, uma real expectativa na permanência do quadro jurídico em vigor, não é possível alegar a indução à prática de quaisquer comportamentos que tivesse sido estimulada pelo Estado e tivesse obtido reflexos em qualquer dito *investimento de confiança* por parte dos particulares. Isto é, o Estado nunca se comprometeu a manter em vigor o regime anterior, até porque tinha de transpor a Directiva, nunca disse que faria uma transposição integral e simultânea, nem os particulares tinham alguma razão para crer que o fizesse, e, finalmente, os particulares afectados não fizeram, porque tal não era sequer possível, qualquer *investimento de confiança* baseado em qualquer desses pressupostos.

Logo, na ausência de um interesse juridicamente protegido do lado das expectativas na continuidade do regime jurídico em vigor, na ausência de quaisquer prejuízos directamente provocados pelo carácter "repentino" da alteração legislativa ou da presença de um sentido restritivo nas alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, não nos parece que, relativamente às alterações produzidas por este diploma, possam ser consistentemente suscitadas dúvidas de constitucionalidade por eventual violação do princípio da protecção da confiança legítima.

3 Inconstitucionalidade da Deliberação do Banco de Portugal de 3 de Agosto de 2014

- a) Pergunta-se-nos se "a Deliberação de Resolução é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, por alegadamente, o BdP poder e dever ter proferido uma medida de intervenção correctiva (em especial qualquer uma das medidas elencadas no artigo 141.º do RGICSF) menos danosa para o BES".

A questão que agora apreciamos já não respeita à conformidade constitucional do regime de resolução em vigor desde 2012 e mantido, com alterações, em 2014, mas sim à eventual inconstitucionalidade da própria Deliberação do Banco de Portugal, de 3 de Agosto de 2014, que, com fundamento nesse regime, determinou a resolução do BES e que adoptou concretamente a medida prevista no artigo 145º-C, alínea b), do RGICSF, isto é, a transferência da sua actividade para um banco de transição, o Novo Banco.

Por sua vez, a alegação de inconstitucionalidade respeita à pretensa violação do princípio da proporcionalidade, designadamente na sua dimensão referente à exigência de indispensabilidade ou de necessidade, considerando-se que a medida de resolução adoptada teria sido excessiva por facto de o Banco de Portugal poder e dever ter recorrido a medida menos restritiva, no caso uma medida correctiva de entre as previstas no artigo 141º do RGICSF.

Assim, a questão jurídico-constitucional que nos cabe apreciar apresenta uma forte dependência das circunstâncias de facto e do contexto em que a medida de resolução foi adoptada, já que não é possível decidir se uma medida de resolução foi excessiva ou se era devida uma outra menos restritiva sem ter em conta a respectiva adequação nas circunstâncias existentes, mas também a aptidão e a adequação das alternativas possíveis no contexto em que foi decidida a resolução.

Não estando incumbido nem possuindo competência para dar algum contributo no domínio do apuramento dos factos e das suas circunstâncias, limitar-nos-emos a apreciar as questões

jurídico-constitucionais relevantes, partindo do princípio de que, confirmando-se o que diz o Banco de Portugal no ponto 7. da sua Deliberação, estavam reunidos os pressupostos que, nos termos do regime jurídico em vigor, permitiam à autoridade de resolução decretar uma medida deste tipo.

Assim, segundo o que ali afirma o Banco de Portugal, "*os factos descritos nos números anteriores colocaram o Banco Espírito Santo, SA, numa situação de risco sério e grave de incumprimento a curto prazo das suas obrigações e, em consequência, dos requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade, nos termos do n.ºs 1 e 3, alínea c) do artigo 145.º-C do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), pelo que, não sendo tomada, com urgência, a medida de resolução ora adotada, a instituição caminharia inevitavelmente para a suspensão de pagamentos e para a revogação da autorização nos termos do artigo 23.º do RGICSF, com a consequente entrada em processo de liquidação, o que representaria um enorme risco sistémico e uma séria ameaça para a estabilidade financeira*".

Admitindo, como referimos, que a descrição tem correspondência rigorosa com a situação de facto e que, portanto, o Banco de Portugal tinha fundamento legal para decretar a resolução, tudo resta, do ponto de vista jurídico-constitucional, em apurar se, nessas circunstâncias, e em alternativa à medida de resolução adoptada, podia e devia o Banco de Portugal ter simplesmente adoptado uma medida correctiva, caso em que a resolução decidida através da Deliberação em apreço teria sido excessiva e, enquanto tal, inconstitucional.

- b) Ainda assim, e mesmo depurando o problema em apreciação de considerandos relativos à situação concreta que o BES atravessava, o problema jurídico-constitucional continua inevitavelmente condicionado por juízos de facto, o que corresponde à própria natureza da aplicação do princípio da proporcionalidade em qualquer das suas dimensões e, particularmente, na sua dimensão de indispensabilidade ou de exigibilidade da medida restritiva.

Há, no entanto, uma outra exclusão orientada à redução da complexidade da situação e que deve ser feita antes da abordagem jurídica: a que se refere ao problema das alternativas disponíveis para *salvar* o banco em crise. Normalmente, numa situação deste tipo, isto é, quando uma instituição de crédito, a braços com problemas graves de liquidez, deixa de ter condições para recuperar pelos seus próprios meios ou através dos fundos que consiga obter no mercado, as alternativas a considerar incluem a de uma intervenção do Estado que, através de diferentes vias, da nacionalização à capitalização com recursos públicos, pode *resgatar* o banco, se for essa a sua opção política.

Já atrás considerámos jurídico-constitucionalmente a questão, concluindo, porém, que o poder político tem plena margem de decisão sobre essa matéria, não devendo o poder judicial, no respeito do princípio da separação de poderes, interferir na eventual opção política de não intervenção, uma vez que não existe um qualquer direito, de um banco ou de qualquer outra empresa, a ser *salvo* de uma situação de falência através de fundos públicos disponibilizados pelos poderes públicos.

Para além disso, quanto ao problema que agora apreciamos, que é o da eventual inconstitucionalidade da decisão do Banco de Portugal quando decidiu resolver o BES, a consideração daquelas alternativas nem sequer entra na equação jurídica do problema, já que o Banco de Portugal não dispõe de qualquer competência sobre essa matéria, isto é, não é o Banco de Portugal, mas sim o Governo legítimo, quem decide se o Estado *resgata* ou não uma

instituição de crédito em dificuldades, pelo que a única questão a considerar neste contexto é se o Banco de Portugal podia ter tomado outra medida dentro das alternativas que, na época, lhe eram disponibilizadas pelo RGICSF.

Logo, do que se trata numa análise jurídico-constitucional centrada na discutível observância do princípio da necessidade por parte do Banco de Portugal é saber se, para alcançar os objectivos e finalidades em vista e que, no caso, são as legalmente previstas no já citado artigo 145º-A, do RGICSF –*assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais, acautelar o risco sistémico, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e salvaguardar a confiança dos depositantes*–, podia ou não o Banco de Portugal recorrer a um *meio menos restritivo* (por isso a doutrina norte-americana designa mesmo o princípio da necessidade como *less drastic mean* ou *least restrictive alternative*).

A dificuldade inerente a este juízo é, contudo, a de que, em geral, para alcançar qualquer fim há sempre *um meio menos restritivo* do que aquele que foi efectivamente escolhido, pelo menos no sentido de há sempre um outro meio menos agressivo e que também contribui para, em alguma medida, alcançar aquele mesmo fim. E, basta que exista um outro meio com algum grau de eficácia, para que ele já possa entrar na equação a considerar num controlo baseado no princípio da necessidade, já que, em termos jurídicos, não seria razoável exigir que, sob pena de inconstitucionalidade, a medida a adoptar tivesse de atingir o fim na sua totalidade de realização máxima.

Percebe-se, porém, que nessa sua aparente simplicidade –desde que haja uma alternativa menos restritiva com algum grau de eficácia deve ser ela a ser escolhida–, o princípio da necessidade seria simplesmente impraticável, já que, havendo sempre uma medida menos restritiva disponível que de alguma forma nos aproximasse do fim, toda e qualquer medida efectivamente escolhida poderia ser sempre considerada inconstitucional. No caso, a medida de resolução seria inconstitucional porque o Banco de Portugal poderia ter adoptado, simplesmente, uma ou mais medidas correctivas previstas nos artigos 141º e no artigo 116º-C do RGICSF em vez de recorrer à resolução do BES.

- c) O problema, não apenas prático, mas jurídico, é que, sendo verdade que as medidas correctivas são menos restritivas para os direitos fundamentais de alguns dos afectados do que as medidas de resolução, em contrapartida são menos eficazes –ou, no caso, radicalmente menos ineficazes ou até inaptas, numa situação em que se considere que, pura e simplesmente, as medidas correctivas não teriam evitado a insolvência do BES e não permitiriam prosseguir, de algum modo, mesmo num grau mínimo, as finalidades em vista–, para além de que, por outro lado, podem revelar-se mais restritivas para os direitos fundamentais de outros titulares.

Basta considerar, no caso, que se o Banco de Portugal tivesse adoptado uma medida correctiva e se, por esse facto, não resolvendo o problema, o BES tivesse entrado em falência descontrolada, gerando uma crise de contágio de consequências irreparáveis em todo o sistema financeiro, então, desde logo os credores que, na realidade, viram o seu problema resolvido com um mínimo de perturbação, teriam perdido todos os seus créditos e, sobretudo, para além deles, muitos milhares de pessoas seriam drasticamente afectadas nas suas vidas, bens e direitos fundamentais como consequência dessa crise. Portanto, uma medida menos restritiva para os direitos fundamentais dos accionistas e de alguns credores poderia ter sido bem mais restritiva para a generalidade dos particulares, incluindo aí, especialmente, os credores *transferidos* para a instituição de transição.

- d) Assim, ao contrário do que se poderia pensar numa impressão ligeira, o princípio da indispensabilidade acaba por se revelar, sobretudo nos *casos difíceis*, de uma enorme complexidade de aplicação, já que a administração tem de ponderar conjuntamente os diferentes níveis de aptidão ou de eficácia proporcionados pelas diferentes alternativas disponíveis na consecução dos fins em vista –por vezes com variações de monta entre os vários fins, já que um meio pode ser mais apto para atingir um fim, mas ser completamente deficitário relativamente a outros– e tem de considerar os diferentes níveis de sacrifício que essas medidas apresentam relativamente aos diferentes direitos fundamentais dos diferentes titulares, com interesses divergentes ou até contrários entre si.

Para além disso, numa situação já de si complexa, a autoridade administrativa tem de se basear simplesmente em juízos de prognose sobre o que cada alternativa pode proporcionar e quais as consequências negativas provavelmente geradas por cada uma delas se vier a ser efectivamente escolhida.

Por outro lado, na concreta situação em apreço, não havia lugar e, sobretudo, não havia tempo, para adoptar uma estratégia de *tentativa/erro*, já que se a eventual adopção de uma medida correctiva não produzisse os efeitos desejados, com grande probabilidade, na situação de falta de liquidez do BES, acentuada drasticamente pelas medidas de restrição entretanto tomadas pelo BCE, com o início já detectado de *corrida ao banco* por parte de depositantes, poderia desencadear-se a espiral destrutiva e incontrolável em direcção ao abismo financeiro que abordámos na primeira parte.

Por isso o regime legal em vigor não impõe uma aplicação meramente subsidiária das medidas de resolução, numa lógica que só permitisse recorrer ao meio mais drástico quando a medida menos restritiva demonstrasse, na prática a sua ineficácia, e, ao invés, dá à autoridade de resolução a possibilidade de as aplicar de imediato, caso considere que medidas menos restritivas, como as correctivas, seriam insuficientes para atingir os fins visados (artigo 144º do RGICSF).

Em todo o caso, ao longo do tempo em que se acumularam indícios de desenvolvimento de uma situação problemática no BES, o Banco de Portugal já havia tomado algumas medidas correctivas, como sejam a substituição de administradores e a imposição da constituição de provisões especiais.

Simplesmente, na situação concreta, através de um juízo de prognose sobre os prováveis efeitos das alternativas disponíveis, o Banco de Portugal convenceu-se, sem margem de dúvida, não apenas da efectividade da medida de resolução, como da total inaptidão das medidas correctivas supostamente alternativas para responderem à gravidade da situação. Todavia, mesmo que tivesse feito essa mesma opção, mas com dúvidas, ainda assim, perante a gravidade extrema das consequências para a estabilidade do sistema financeiro e a situação económica do país, não seria a sua opção mais drástica censurável à luz dos princípios constitucionais, especialmente o da proporcionalidade.

Dado que o regime em vigor atribuía a accionistas e a credores uma responsabilidade prioritária na assunção dos prejuízos da instituição e tendo em conta as consequências desastrosas que uma crise do sistema bancário nacional importaria nos interesses patrimoniais e direitos fundamentais da generalidade dos contribuintes, nunca essa opção seria constitucionalmente censurável, a não ser em caso excepcional em que a adopção da medida de resolução fosse manifestamente infundada e evidentemente excessiva.

- e) Não pode, por outro lado, deixar de se considerar que a avaliação judicial do eventual carácter excessivo da medida de resolução deve ser situada no contexto em que a decisão foi tomada, considerando a complexidade da situação, os riscos envolvidos, as informações de que o Banco de Portugal dispunha e os dados objectivos que condicionavam um juízo de prognose razoável. *A posteriori*, a bondade desse juízo não parece ter sido infirmada, mas, em qualquer caso e qualquer que fosse o balanço que hoje se fizesse, há que ressaltar que uma eventual censura por utilização de meios excessivos se deve basear numa avaliação *ex ante*, incidindo e baseando-se no apuramento de uma eventual e manifesta desproporcionalidade dos juízos de prognose realizados pela autoridade de resolução, mas no momento em que eles foram feitos, com os dados empíricos e com as avaliações especializadas de que dispunha na altura.

Tudo o que, partindo, como dissemos, do princípio de que os fundamentos invocados pelo Banco de Portugal correspondem à realidade que se vivia no momento da aprovação da Deliberação de Resolução, nos leva a concluir não ter havido desproporcionalidade na adopção da medida de resolução em apreço.

Com efeito, num juízo de constitucionalidade construído sobre a observância do princípio da indispensabilidade, não está em causa saber se a medida e as opções do Banco de Portugal foram as mais adequadas do ponto de vista político. O que se decide é se, nas condições complexas da situação da altura, a decisão de resolução, comparando acréscimos marginais de benefício e de sacrifício que o Banco de Portugal esperava conseguir com a medida efectivamente escolhida, com os que calculava que (não) seriam produzidos por uma intervenção correctiva, foi ou não uma decisão desproporcionada. Desse ponto de vista, não parece que, com os dados disponíveis, a opção efectivamente tomada pelo Banco de Portugal, independentemente da concordância relativamente ao respectivo mérito, mereça censura jurídico-constitucional por pretensa inobservância do princípio da proibição do excesso.

Tal é, salvo melhor, o meu parecer.

Lisboa, Janeiro de 2017

(Jorge Reis Novais)

2 As imunidades de jurisdição da União Europeia perante os tribunais dos Estados-Membros

Isabel Alexandre ^{1,2}

This study addresses the issue of immunity recognised to persons that carry out activities in the context of the European Union from legal action brought against them before the courts of Member States.

It provides for an identification of the persons to whom this immunity is granted and the conditions that allow them to benefit from such immunity in the context of judicial actions, including some considerations on the issue of immunity of national central bank governors.

This matter was recently brought before the Court of Justice of the European Union in the context of a preliminary ruling requested by a Latvian court where a criminal lawsuit against a former governor of the Latvian central bank is pending.

Sumário: I Considerações gerais, delimitação do tema e sequência; II O Protocolo (n.º 7) relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia, de 8 de abril de 1965 (em particular, as imunidades de jurisdição do pessoal e dos membros dos órgãos do BCE); III Disposições avulsas sobre imunidades de jurisdição da União Europeia; IV Imunidades de jurisdição da própria União Europeia e das suas instituições e organismos (em especial, o BCE); V Regime processual geral das imunidades de jurisdição.

I Considerações gerais, delimitação do tema e sequência

1. O direito europeu contém várias regras sobre a não sujeição dos funcionários e agentes da União Europeia, dos membros das suas instituições e organismos, dos membros dos órgãos e do pessoal das suas instituições e dos membros dos órgãos e pessoal dos seus organismos³ à jurisdição dos tribunais dos Estados-Membros, isto é, sobre a **imunidade, em processos contra**

¹ Técnica Consultora do Departamento de Serviços Jurídicos.

² As opiniões apresentadas neste artigo são as da autora e não refletem necessariamente as do Banco de Portugal ou do Eurosistema.

³ Estas diferentes designações traduzem o complexo quadro institucional da União Europeia que, além de **instituições** (Parlamento Europeu, Conselho Europeu, Conselho, Comissão Europeia, Tribunal de Justiça da União Europeia, Banco Central Europeu e Tribunal de Contas: veja-se o art. 13.º do Tratado da União Europeia – TUE), comporta **organismos** (várias vezes referenciados no TUE e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE), dotando ainda algumas instituições (como é o caso do Banco Central Europeu – BCE) de órgãos e pessoal (o que significa que estas particulares instituições não têm membros, mas membros de órgãos, nem agentes e funcionários, mas pessoal) e conferindo aos vários organismos – por vezes denominados **agências**, ou como tal qualificados pelos instrumentos legislativos que os criam – uma estrutura muito diversificada (por exemplo, com órgãos e pessoal, como é o caso da Autoridade Bancária Europeia, a que adiante se fará referência).

si instaurados perante os tribunais dos Estados-Membros, de certas pessoas que prosseguem as atividades da União Europeia.

Na exposição subsequente tratar-se-á da identificação dessas regras e dos aspetos mais relevantes do regime geral dessas imunidades, que genericamente designaremos como **imunidades de jurisdição da União Europeia perante os tribunais dos Estados-Membros**.

Não cabem neste conceito, sem prejuízo de o seu regime poder interessar para as imunidades que consideraremos, as imunidades concedidas pelo direito europeu aos **representantes dos Estados-Membros que participam nos trabalhos das instituições europeias** – referidos no art. 10.º do Protocolo (n.º 7) relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia, de 8 de abril de 1965, a principal sede legal de tais imunidades – ou às **missões dos Estados terceiros acreditados junto da União Europeia** – mencionadas no art. 16.º do mesmo Protocolo –, por tais imunidades não serem instituídas para a proteção das atividades e missões da União⁴.

2. As regras sobre imunidades de jurisdição da União Europeia perante os tribunais dos Estados-Membros não têm como objeto a competência dos tribunais dos Estados-Membros para certa categoria de litígios – por confronto, por exemplo, com a competência dos tribunais de outros Estados-Membros ou do Tribunal de Justiça da União Europeia (do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Geral, as duas jurisdições em que aquele se desdobra⁵) –, versando, antes, sobre a suscetibilidade de certa categoria de pessoas ser demandada naqueles tribunais, em processos da mais diversa natureza (penal, contraordenacional, civil, etc.), tanto para o efeito do proferimento de uma decisão de mérito (imunidade de jurisdição em sentido restrito), como para o efeito de, contra si – e usando a terminologia do art. 10.º, n.º 4, do Código de Processo Civil (CPC) português –, serem requeridas “providências adequadas à realização coativa de uma obrigação” (imunidade de execução)⁶.

E justamente porque as imunidades de jurisdição da União Europeia perante os tribunais dos Estados-Membros não significam a incompetência destes tribunais, as respetivas regras não têm assento nos vários regulamentos europeus relativos à competência dos tribunais dos Estados-Membros para o conhecimento de determinadas matérias (matéria civil e comercial, alimentos, insolvência, etc.) – de que é exemplo o Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial –, nem se integram sistematicamente nas disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) relativas ao Tribunal de Justiça da União Europeia (arts. 251.º a 281.º), particularmente nas que atribuem competência a esta instituição para certos litígios (como é o caso dos arts. 256.º, 263.º ou 270.º do TFUE): aquelas

⁴ Sobre o regime de tais imunidades, e assinalando que a sua finalidade não é a referida no texto, veja-se Myriam Benlolo-Carobot, “Les immunités des Communautés européennes”, in *Annuaire français de droit international*, vol. 54, 2008, pp. 549-588 (pp. 576-577).

⁵ O Tribunal de Justiça da União Europeia remonta a 1952, datando de 1988 o seu desdobramento em duas jurisdições, quando foi criado o Tribunal Geral, na altura designado Tribunal de Primeira Instância; o Tribunal Geral viria a absorver, em 2016, as competências do Tribunal da Função Pública, que havia sido criado em 2004 e extinto em 2016. Veja-se, sobre a história do Tribunal de Justiça da União Europeia, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/jo2_6999/pt/ e <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/26/the-court-of-justice-of-the-european-union>.

A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia e a delimitação entre a competência do Tribunal de Justiça e a do Tribunal Geral – as duas jurisdições do Tribunal de Justiça da União Europeia – têm assento legal sobretudo no art. 19.º, n.º 3, do TUE, nos arts. 258.º a 279.º do TFUE e no art. 51.º do Protocolo (n.º 3) anexo a estes Tratados, relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia. Sobre as duas jurisdições, veja-se Maria José Rangel de Mesquita, *O sistema jurisdicional após o Tratado de Lisboa*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/824-1353.pdf>).

⁶ Sobre estas duas vertentes da imunidade de jurisdição, Myriam Benlolo-Carobot, “Les immunités des Communautés européennes”, cit, p. 551.

imunidades estão consagradas, diversamente, em outras disposições do TFUE e em outros instrumentos legislativos.

O seu fundamento é também diferente do das regras sobre competência dos tribunais: na verdade, as regras sobre imunidades de jurisdição não se justificam pelo propósito de boa administração da justiça, de bom funcionamento do mercado interno, ou de uniforme aplicação e interpretação do direito da União Europeia (finalidades que estão subjacentes à delimitação de competência entre os tribunais dos vários Estados-Membros e entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais dos Estados-Membros), mas pela proteção de certas pessoas que agem no interesse da União Europeia relativamente a interferências que possam comprometer a sua independência e bom desempenho, prosseguindo assim, mediamente, o objetivo de bom desempenho das atividades e missões das próprias instituições e organismos da União Europeia.

Todavia, apesar de as regras sobre imunidades de jurisdição da União Europeia perante os tribunais dos Estados-Membros se situarem num plano diverso do das regras que não concedem competência a estes tribunais para certa categoria de litígios, pode ser difícil a integração de uma concreta regra num ou noutro termo da classificação, quando ela confira ao Tribunal de Justiça da União Europeia competência exclusiva para ações propostas contra certa categoria de pessoas e, portanto, vede aos tribunais dos Estados-Membros o conhecimento das ações propostas contra essas pessoas.

Nestas hipóteses, a qualificação (que pode ser relevante para vários efeitos, nomeadamente o da eficácia, em outros ordenamentos, da sentença proferida mediante violação dessa regra⁷) deve ser feita à luz do fundamento ou razão de ser da regra: isto é, determinando se esta tem imediatamente em vista a proteção de certa categoria de pessoas, caso em que consagrará uma imunidade, ou se é outro o seu propósito, caso em que regulará a competência (internacional ou similar⁸).

3. As regras sobre imunidades de jurisdição da União Europeia não são também regras de exclusão da responsabilidade da pessoa ou entidade que causa danos a outrem ou regras de isenção do cumprimento de deveres.

Com efeito, a pessoa que delas beneficia pode ter de responder pelos seus atos perante outra jurisdição (por exemplo, perante os tribunais da União Europeia, se estes tiverem competência para apreciar os correspondentes litígios), além de que a não sujeição de certa pessoa singular à jurisdição dos tribunais de um Estado-Membro não impede que o possa ser a própria União Europeia, ou a instituição da União Europeia a que a pessoa está afeta.

É claro que, sob certo ponto de vista, as regras sobre imunidades de jurisdição redundam em regras de exclusão da responsabilidade: se, por exemplo, certo membro de um órgão de uma instituição da União Europeia, atuando na sua qualidade oficial, provoca danos a outrem, a sua não sujeição à jurisdição dos tribunais do Estado-Membro do local dos danos significa, ao menos em termos práticos, a exclusão da responsabilidade do membro desse órgão face ao lesado

⁷ A violação de uma regra de imunidade de jurisdição, especialmente se esta tiver como fonte o costume internacional, pode assumir um grau de gravidade maior do que a violação de uma regra de competência internacional. Entre nós, sustentando que “[a] decisão proferida sem jurisdição é nula e, por isso, não é suscetível de reconhecimento”, veja-se Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, vol. III, tomo II, 3.ª ed., 2019, p. 135.

⁸ Não ignoramos que a delimitação da competência entre os tribunais dos Estados-Membros e o Tribunal de Justiça da União Europeia não envolve rigorosamente um problema de competência internacional (dado que este conceito é usado para confrontar a competência de tribunais de Estados diversos), por isso tendo sido empregado o termo “similar”.

(embora não a exclusão da sua responsabilidade face à própria instituição, nem a exclusão da responsabilidade desta face ao lesado, se estas puderem ser atuadas).

4. Relativamente aos **tribunais do Reino Unido**, as imunidades de jurisdição da União Europeia continuarão a vigorar durante o processo de saída do Reino Unido da União Europeia, que formalmente ocorreu às 23h00 TMG do dia 31 de janeiro de 2020, mas que se prolongará pelo menos até 31 de dezembro de 2020.

Esta solução depreendia-se de um *Position Paper* sobre privilégios e imunidades (em geral, e não especificamente de jurisdição) que o Governo do Reino Unido emitiu em 13 de julho de 2017⁹, o qual não era, porém, explícito sobre se a sede legal de tais imunidades continuaria a ser, durante o período de transição, as disposições do TFUE e dos seus protocolos anexos (ou, ao invés, preceitos de direito interno do Reino Unido decalcando essas disposições), sobre o alcance dos acordos bilaterais que seria necessário fazer em matéria de imunidades, eventualmente derogando ou completando aquelas disposições, ou sobre a vigência das imunidades a partir de 2021.

No Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atômica (2019/C 384 I/01), cujo Título XII (arts. 101.º e segs.) é dedicado aos privilégios e imunidades, esclarecem-se estes pontos, designadamente mantêm-se imunidades após o período de transição, relativamente a atividades da União que tenham tido lugar antes do termo do período de transição e mesmo depois desse termo (vejam-se os seus arts. 109.º, n.º s 1, alínea b) e 2, alínea b), e 110.º, n.º 1, alínea b)).

5. As regras de direito europeu de que se irá tratar, além de não terem como objeto a competência dos tribunais, não dispõem também sobre as imunidades de jurisdição dos membros, funcionários e agentes das instituições e organismos da União Europeia – ou da própria União Europeia, suas instituições ou organismos – **perante Estados terceiros**: a fonte destas eventuais imunidades deve procurar-se antes nos acordos celebrados pelas instituições europeias com estes Estados, nas regras de direito interno destes, ou nas regras do costume internacional sobre as organizações internacionais¹⁰.

⁹Disponível aqui: <https://www.gov.uk/government/publications/privileges-and-immunities-position-paper>.

¹⁰ Assim, relativamente às Comunidades Europeias, Myriam Benlolo-Carobot, “Les immunités des Communautés européennes”, cit., pp. 556-557, referindo o carácter numeroso dos acordos com Estados terceiros e a circunstância de deles resultarem imunidades de jurisdição para membros de delegações das Comunidades europeias em Estados terceiros (em termos similares às dos agentes diplomáticos), embora não (ou não claramente) imunidades de jurisdição das próprias Comunidades nesses mesmos Estados. Sobre tais acordos, veja-se ainda Ramses A. Wessel, *Immunities of the European Union*, 2013, <https://ris.utwente.nl/ws/portalfiles/portal/6933860> (pp. 10-13).

No que diz respeito à *imunidade de jurisdição da própria União Europeia e das suas instituições e organismos perante Estados terceiros* – tema que tem sido muito pouco tratado pela doutrina (assim, Ramses A. Wessel, *Immunities of the European Union*, cit., p. 2) –, veja-se, além do texto acabado de referir (especialmente pp. 15-18), Myriam Benlolo-Carobot, “Les immunités de l’Union européenne dans les États tiers”, in *Annuaire français de droit international*, vol. 55, 2009, pp. 783-818: neste artigo assinala-se, entre o mais, a afirmação da capacidade diplomática da União Europeia como fundamento das imunidades da União que têm sido reconhecidas na prática judicial dos Estados terceiros, mesmo na ausência de disposições convencionais, reconhecimento que de algum modo contrasta com a ausência de imunidade de jurisdição da União Europeia perante os tribunais dos Estados-Membros (a que adiante, nos pontos 9 a 13, se fará referência); reflete-se ainda sobre a possibilidade de, nos casos em que a União Europeia beneficia de imunidade de jurisdição em Estados terceiros, o interessado a demandar perante as jurisdições dos Estados-Membros ou perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, concluindo-se que essa possibilidade é muitas vezes ilusória (não só por causa do complexo sistema de repartição de competências entre tribunais, como sobretudo pela jurisprudência restritiva no plano da imputação de responsabilidade à União Europeia por atos das suas instituições ou agentes).

6. Dar-se-á de seguida uma visão geral do âmbito subjetivo e objetivo de aplicação das regras de direito europeu sobre imunidades de jurisdição da União Europeia perante os tribunais dos Estados-Membros, procurando-se **identificar os seus beneficiários**, por referência ao instrumento legislativo mais abrangente (ponto II) e a instrumentos legislativos particulares (ponto III), bem como o **tipo de ações** nas quais essas imunidades de jurisdição podem ser feitas valer: quanto a este último aspeto, pode suceder, por exemplo, que essas imunidades operem no campo das ações de natureza sancionatória mas já não em ações de natureza civil, ou valham nas ações emergentes de atos praticados no exercício de funções e não naquelas que emergem de atos da vida privada dos beneficiários das imunidades, dado que as imunidades de jurisdição, pela restrição do direito de acesso aos tribunais que envolvem para aqueles que entrem em conflito com as pessoas que gozam de imunidade, devem obedecer a critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Far-se-á depois referência ao diverso tratamento concedido à própria **União Europeia**, *suas instituições e organismos* (ponto IV).

Analisar-se-á, por fim, o **regime processual geral das imunidades de jurisdição da União Europeia perante os tribunais dos Estados-Membros**, nomeadamente o relativo ao tribunal competente para a verificação de tais imunidades e às consequências destas (ponto V).

II O Protocolo (n.º 7) relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia, de 8 de abril de 1965

7. A sede legal genérica das imunidades de jurisdição da União Europeia perante os tribunais dos Estados-Membros é o **Protocolo (n.º 7) relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia, de 8 de abril de 1965**, anexo ao Tratado da União Europeia (TUE) e ao TFUE¹¹.

Nesse Protocolo encontram-se – a par de disposições relativas a privilégios e imunidades de diferente natureza – vários preceitos que concedem imunidades de jurisdição, que percorreremos seguidamente nos seus traços essenciais.

7.1. Beneficiam de imunidade de jurisdição os **membros do Parlamento Europeu**.

Segundo o **art. 8.º** do Protocolo (n.º 7), “os membros do Parlamento Europeu não podem ser procurados, detidos ou perseguidos pelas opiniões ou votos emitidos no exercício das suas funções”¹².

¹¹ A mais recente versão consolidada dos Tratados e seus Protocolos encontra-se no *Jornal Oficial da União Europeia* de 7 de junho de 2016, C 202 (também disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>).

¹² A imunidade consagrada no art. 8.º do Protocolo (n.º 7) não pode ser levantada pelo Parlamento Europeu e a sua existência deve ser apreciada pelos órgãos jurisdicionais nacionais (se a mesma for invocada num processo judicial), sem prejuízo da possibilidade de estes colocarem ao Tribunal de Justiça questões relacionadas com a interpretação da disposição que suporta tal imunidade: assim, acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21 de outubro de 2008 (Proc. C-200/07 e C-201/07; Alfonso Luigi Marra contra Eduardo De Gregorio e Antonio Clemente).

Adianta o **art. 9.º** do Protocolo (n.º 7) que “enquanto durarem as sessões do Parlamento Europeu, os seus membros beneficiam: a) No seu território nacional, das imunidades reconhecidas aos membros do Parlamento do seu país; b) No território de qualquer outro Estado-Membro, da não sujeição a qualquer medida de detenção e a qualquer procedimento judicial. Beneficiam igualmente de imunidade, quando se dirigem para ou regressam do local de reunião do Parlamento Europeu. A imunidade não pode ser invocada em caso de flagrante delito e não pode também constituir obstáculo ao direito de o Parlamento Europeu levantar a imunidade de um dos seus membros.”¹³.

7.2. Beneficiam igualmente de imunidade de jurisdição os **funcionários e outros agentes da União Europeia**.

Com efeito, nos termos do **art. 11.º, alínea a)**, do Protocolo (n.º 7), “no território de cada Estado-Membro e independentemente da sua nacionalidade, os funcionários e outros agentes da União gozam de imunidade de jurisdição no que diz respeito aos atos por eles praticados na sua qualidade oficial, incluindo as suas palavras e escritos, sem prejuízo da aplicação das disposições dos Tratados relativas, por um lado, às normas sobre a responsabilidade dos funcionários e agentes perante a União e, por outro, à competência do Tribunal de Justiça da União Europeia para decidir sobre os litígios entre a União e os seus funcionários e outros agentes. Continuarão a beneficiar desta imunidade após a cessação das suas funções”¹⁴.

Sobre a noção de “exercício das funções”, a que o art. 8.º do Protocolo (n.º 7) se refere, veja-se as Conclusões do Advogado-Geral Poiares Maduro apresentadas em 26 de junho de 2008 nos referidos processos C-200/07 e C-201/07, entendendo que ela “abrange declarações de opinião e juízos de valor sobre questões de relevância pública e/ou política, quer sejam feitos dentro ou fora do Parlamento Europeu. Isto inclui declarações que podem perturbar ou ofender o público de uma maneira geral, ou indivíduos específicos a que digam direta ou indiretamente respeito. Por outro lado, [o privilégio absoluto] não pode ser invocado relativamente a alegações factuais sobre um indivíduo, ou num contexto de matérias privadas sem ligação com questões de relevância pública ou que façam parte do debate político”. Veja-se, ainda, o acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de setembro de 2011 (Proc. C-163/10; Aldo Patriciello).

¹³ Sobre casos de levantamento da imunidade a um membro do Parlamento Europeu, veja-se o acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Sétima Secção) de 15 de outubro de 2008 (Proc. T-345/05; Ashley Neil Mote contra Parlamento Europeu) e o acórdão do Tribunal Geral (Primeira Secção) de 17 de janeiro de 2013 (Proc. T-346/11 e T-347/11; Bruno Gollnisch contra Parlamento Europeu).

Considerando que o ato do Parlamento Europeu de levantamento da imunidade é impugnável pelo membro do Parlamento Europeu a que diz respeito, veja-se o referido acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Sétima Secção) de 15 de outubro de 2008 (Proc. T-345/05; Ashley Neil Mote contra Parlamento Europeu).

Salientando que enquanto a razão de ser do precedente art. 8.º do Protocolo (n.º 7) é a de que “admitir procedimentos judiciais contra opiniões ou votos colidiria com a essência da democracia deliberativa e representativa”, a do art. 9.º é a de “proteger os deputados europeus de medidas que poderiam interferir com a sua capacidade para participar nas sessões do Parlamento e desempenhar as suas funções parlamentares”, por isso se justificando que só no segundo caso seja possível levantar a imunidade parlamentar, veja-se as já referidas Conclusões do Advogado-Geral Poiares Maduro apresentadas em 26 de junho de 2008 nos Proc. C-200/07 e C-201/07.

Sobre o sentido da expressão “enquanto durarem as sessões”, constante do art. 9.º do Protocolo (n.º 7), veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de julho de 1986 (Proc. 149/85; Roger Wybot contra Edgar Faure).

Acerca das dificuldades suscitadas pela alínea a) do art. 9.º do Protocolo (n.º 7), dada a remissão para as imunidades parlamentares de cada direito interno, tanto pelas desigualdades que pode gerar entre os membros do Parlamento Europeu como pela necessidade de o Parlamento Europeu proceder à interpretação de múltiplos direitos nacionais, veja-se Myriam Benlolo-Carabot, “Les immunités des Communautés européennes”, cit., p. 583.

¹⁴ Sobre a imunidade de jurisdição dos funcionários e agentes da União, sua finalidade e sentido da exigência da prática do ato “na sua qualidade oficial”, veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 1968, proferido num reenvio a título prejudicial (Proc. 5/68; Claude Moise Sayag contra Jean-Pierre Leduc), no qual se decidiu que a imunidade de jurisdição prevista na alínea a) do artigo 11.º do Protocolo (n.º 7) “aplica-se exclusivamente aos atos que, pela sua natureza, representam a participação de quem invoca a imunidade no exercício das tarefas da instituição a que pertence” e que “o facto de se conduzir um veículo automóvel apenas reveste a natureza de um ato praticado em função oficial nos casos excecionais em que essa atividade só possa ser exercida sob a autoridade da Comunidade e pelos seus próprios agentes”. Esta interpretação, considerada “singularmente restritiva” (assim, Myriam Benlolo-Carabot, “Les immunités des Communautés européennes”, cit., p. 580), conduziu a não reconhecer imunidade de jurisdição perante os tribunais dos Estados-Membros a um funcionário da CEEA perseguido criminalmente na Bélgica, por causa de ofensas corporais que provocara enquanto

Segundo o **art. 15.º** do Protocolo (n.º 7), “o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adotados de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta às outras instituições interessadas, determinarão as categorias de funcionários e outros agentes da União a que é aplicável, no todo ou em parte, o disposto nos artigos 11.º, 12.º, segundo parágrafo, e 13.º. Os nomes, qualificações e endereços dos funcionários e outros agentes compreendidos nestas categorias serão comunicados periodicamente aos Governos dos Estados-Membros.”

O referido artigo 15.º do Protocolo (n.º 7) remete para o **Regulamento (Euratom, CECA, CEE) n.º 549/69 do Conselho, de 25 de março de 1969**, que fixa as categorias dos funcionários e agentes das Comunidades Europeias aos quais se aplica o disposto no artigo 12.º, no segundo parágrafo do artigo 13.º e no artigo 14.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades das Comunidades – atualmente, esses artigos do Protocolo (n.º 7) são o já mencionado art. 11.º, o segundo parágrafo do art. 12.º e o art. 13.º –, o qual foi objeto de várias alterações, a última das quais introduzida pelo Regulamento (CE) n.º 371/2009 do Conselho, de 27 de novembro de 2008. De entre essas várias alterações, salientamos a do Regulamento (Euratom, CECA, CEE) n.º 1198/98 do Conselho, de 5 de junho de 1998, que estendeu os privilégios e imunidades previstos no artigo 12.º, no segundo parágrafo do artigo 13.º e no artigo 14.º do Protocolo [atualmente, e como se acabou de dizer, esses artigos do Protocolo (n.º 7) são o 11.º, o segundo parágrafo do art. 12.º e o art. 13.º], em termos e dentro dos limites análogos aos que se encontram previstos nos artigos 1.º, 2.º e 3.º do Regulamento n.º 549/69, a **certas pessoas afetas ao Banco Central Europeu**.

Interessam especialmente os **arts. 1.º, 1.ºA, 4.º, 4.ºB e 4.ºC do Regulamento n.º 549/69**, uma vez que – embora provavelmente derogados pela versão mais recente do Protocolo (n.º 7), que em parte os repetiu –, versam sobre as imunidades de jurisdição perante os tribunais dos Estados-Membros e não sobre outro tipo de imunidades: e destes preceitos resulta que, além de certas categorias de **funcionários e agentes**, definidas por remissão para o Estatuto dos Funcionários da União Europeia e para o Regime aplicável aos outros agentes da União Europeia estabelecidos no (também várias vezes alterado) Regulamento (CEE, Euratom, CECA) n.º 259/68 do Conselho, de 29 de fevereiro de 1968 (arts. 1.º e 1.ºA), também beneficia dessas imunidades o **peçoal do Banco Europeu de Investimento e os beneficiários de pensões de invalidez, de aposentação ou de sobrevivência pagas pelo Banco Europeu de Investimento** (art. 4.º), os **membros dos órgãos do Fundo Europeu de Investimento no exercício das suas funções, o peçoal do Fundo Europeu de Investimento e os beneficiários de pensões de invalidez, de aposentação e de sobrevivência pagas pelo Fundo** (art. 4.ºB), o **peçoal do Banco Central Europeu e os beneficiários de pensões de invalidez, de aposentação ou de sobrevivência pagas pelo Banco Central Europeu** (art. 4.º C).

É de salientar que, apesar do leque bastante extenso dos funcionários e agentes abrangidos pelo Regulamento n.º 549/69, outros funcionários e agentes podem beneficiar de imunidades de jurisdição por força de regulamentos e decisões que, não desenvolvendo embora formalmente o art. 15.º do Protocolo (n.º 7), fazem-no em substância, ou conferindo diretamente imunidades – estão nessa situação o Regulamento (UE) 2015/2219 e a Decisão 2007/198/Euratom, a que no ponto **8**. deste texto será feita menção –, ou remetendo para aquele Regulamento n.º 549/69 (como parece ser o caso do Regulamento (CE) n.º 168/2007, a que se fará também referência no

conduzia o seu veículo particular para desempenhar uma missão da CEEA, atendendo a que a sua função, à data do acidente, não era a de motorista da CEEA mas a de engenheiro. Por outro lado, e quanto à questão da eventual responsabilidade da CEEA pelo descrito acidente – por motivo de cometimento do dano por um funcionário ou agente no exercício das suas funções, e nos termos do art. 188.º do Tratado CEEA –, é relevante o posterior acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de julho de 1969 (Proc. 9/69; Claude Moïse Sayag contra Jean-Pierre Leduc), que decidiu que “o exercício das funções, na aceção do segundo parágrafo do artigo 188.º do Tratado CEEA, não compreende, em princípio, a utilização por um agente da Comunidade do seu veículo pessoal aquando da realização do seu serviço”. Foi infeliz, portanto, a opção do engenheiro em referência de desempenhar a sua missão com o auxílio do seu veículo particular.

ponto **8.**, que no seu art. 24.º, n.º 1, determina que “são aplicáveis ao pessoal da agência e ao seu diretor o Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias, o Regime aplicável aos outros agentes das Comunidades Europeias e as regulamentações adotadas conjuntamente pelas instituições das Comunidades Europeias para efeitos de aplicação desse estatuto e desse regime”).

O art. 17.º do Protocolo (n.º 7) determina, por fim, que “os privilégios, imunidades e facilidades são concedidos aos funcionários e outros agentes da União exclusivamente no interesse desta. Cada instituição da União deve levantar a imunidade concedida a um funcionário ou outro agente, sempre que considere que tal levantamento não é contrário aos interesses da União”¹⁵.

7.3. Segundo o art. 19.º do Protocolo (n.º 7), “as disposições dos artigos 11.º a 14.º, inclusive, e 17.º são aplicáveis ao Presidente do Conselho Europeu. São igualmente aplicáveis aos membros da Comissão Europeia”.

7.4. De acordo com o art. 20.º do Protocolo (n.º 7), “as disposições dos artigos 11.º a 14.º e 17.º são aplicáveis aos juízes, advogados-gerais, secretários e relatores adjuntos do Tribunal de Justiça da União Europeia, sem prejuízo do disposto no artigo 3.º do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, respeitante à imunidade de jurisdição dos juízes e advogados-gerais”.

7.5. O art. 21.º do Protocolo (n.º 7), por sua vez, dispõe que “o presente Protocolo é igualmente aplicável ao Banco Europeu de Investimento [BEI], aos membros dos seus órgãos, ao seu pessoal e aos representantes dos Estados-Membros que participem nos seus trabalhos, sem prejuízo do disposto no Protocolo relativo aos Estatutos do Banco”.

7.6. O art. 22.º do Protocolo (n.º 7) preceitua que “o presente Protocolo é igualmente aplicável ao Banco Central Europeu [BCE], aos membros dos seus órgãos e ao seu pessoal, sem prejuízo do disposto no Protocolo relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu”.

Não é líquido, diversamente do que o art. 22.º do Protocolo (n.º 7) sugere, que os **privilégios e imunidades do pessoal** do BCE sigam o mesmo regime dos **privilégios e imunidades dos membros dos órgãos do BCE**, que são o Conselho do BCE, a Comissão Executiva e o Conselho Geral do BCE, nos termos dos arts. 9.º, n.º 3, e 44.º do Protocolo (n.º 4).

A este propósito, entendem Georg Gruber/Martin Benisch¹⁶ que a proteção dispensada ao pessoal do BCE é diferente da concedida aos membros dos seus órgãos, pois enquanto os **membros da Comissão Executiva** beneficiam, na Alemanha, de total imunidade diplomática (aqui

¹⁵ Sobre o **levantamento da imunidade pelo BCE, relativamente a atos praticados pelos membros dos seus órgãos e pelo seu pessoal**, veja-se Raffaele D'Ambrosio, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica*, N. 78, 2015 (https://www.bancaditalia.it/publicazioni/quaderni-giuridici/2015-0078/QRG-78.pdf?language_id=1), pp. 117 e 131: se a imunidade for levantada, a pessoa singular responde pelos seus atos perante o lesado; não o sendo, pode ter de responder perante o BCE, se este vier a ser condenado no pagamento de uma indemnização ao lesado pelos danos causados.

¹⁶ Georg Gruber/Martin Benisch, *Privileges and immunities of the European Central Bank*, ECB Legal Working Paper Series, N.º 4, 2007 (<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecblwp4.pdf>), pp. 23-31.

abrangidos os atos que pratiquem na sua qualidade oficial e os atos da sua vida privada), nos termos do art. 19.º do Acordo de 18 de setembro de 1998, celebrado entre o Governo alemão e o Banco Central Europeu, relativo à sede desta instituição, e, nos restantes Estados-Membros, de imunidade nos termos do art. 22.º do Protocolo (n.º 7), que por sua vez remete para os arts. 11.º a 14.º do Protocolo (n.º 7), o **peçoal do BCE** goza de imunidade em todos os Estados-Membros (inclusiveamente naquele de que é nacional) mas apenas no que diz respeito aos atos que pratique na sua qualidade oficial (o que exclui da imunidade, não só os atos da sua vida privada, mas também os atos que, pela sua natureza, não se inserem no tipo de atividade a exercer pelo funcionário ou agente, ainda que este aja em nome do BCE), aplicando-se-lhe, por força daquele mesmo art. 22.º do Protocolo (n.º 7), o regime dos arts. 11.º, alínea a), e 17.º do Protocolo (n.º 7).

Por outro lado, e continuando a seguir os mesmos Autores, aos **governadores dos bancos centrais nacionais dos Estados-Membros cuja moeda seja o euro** e que, nos termos do art. 10.º, n.º 1, do Protocolo (n.º 4), são membros do Conselho do BCE (a par dos membros da Comissão Executiva), bem como aos **governadores dos bancos centrais nacionais** que, nos termos do art. 44.º, n.º 2, do mesmo Protocolo (n.º 4), integram (a par do Presidente e do Vice-Presidente do BCE), o Conselho Geral do BCE, e ainda ao pessoal dos bancos centrais nacionais que representa estes bancos em comités consultivos do BCE, seria aplicável, **quando atuassem em nome do BCE**, o disposto no art. 10.º (anterior art. 11.º) do Protocolo (n.º 7), segundo qual “os representantes dos Estados-Membros que participam nos trabalhos das instituições da União, bem como os seus conselheiros e peritos, gozam, durante o exercício das suas funções e durante as viagens com destino ou em proveniência de local de reunião, dos privilégios, imunidades e facilidades usuais”: a razão para a aplicação do referido art. 10.º prender-se-ia com a circunstância de, embora não sendo os mencionados governadores (e demais pessoal dos bancos centrais presente em comités consultivos do BCE) representantes dos Estados-Membros em sentido próprio, não ter justificação conceder-lhes uma proteção menor do que aquela que é conferida a outros representantes de bancos centrais que contribuem para os trabalhos do BCE; por outro lado, não lhes poderia ser aplicável o disposto nos arts. 11.º a 14.º do Protocolo (n.º 7), referentes aos funcionários e agentes da União Europeia, porquanto esses governadores e esse pessoal dos bancos centrais não integram o pessoal do BCE.

A expressão “privilégios, imunidades e facilidades usuais”, constante do mencionado art. 10.º do Protocolo (n.º 7), não é, porém, isenta de dúvidas, como ainda observam os mesmos Autores¹⁷, pois uma corrente de opinião sustenta que o art. 10.º do Protocolo (n.º 7) remete para os arts. 7.º (liberdade de deslocação) e 8.º (imunidades de jurisdição) do mesmo Protocolo, respeitantes aos membros do Parlamento Europeu, enquanto outra orientação sustenta que a remissão é feita para o previsto no Protocolo (n.º 7) ou mesmo para os privilégios e imunidades dos agentes diplomáticos¹⁸.

Uma vez que, além de membros do Conselho do BCE e do Conselho Geral do BCE, os **governadores dos bancos centrais nacionais** integram os órgãos dos próprios bancos centrais nacionais, levanta-se o problema da identificação das ações contra eles propostas nas quais podem ser invocadas as imunidades de jurisdição que o art. 22.º do Protocolo (n.º 7), remetendo para o art. 10.º do mesmo Protocolo, lhes atribui.

¹⁷ *Idem*, p. 31.

¹⁸ Ao art. 8.º do Protocolo (n.º 7), que determina que “[o]s membros do Parlamento Europeu não podem ser procurados, detidos ou perseguidos pelas opiniões ou votos emitidos no exercício das suas funções”, já atrás fizemos referência, no ponto 7.1. Quanto aos privilégios e imunidades dos agentes diplomáticos, estão consagrados na Convenção sobre Relações Diplomáticas, concluída em Viena em 18 de abril de 1961, cujos arts. 31.º, 32.º, 37.º e 38.º regulam, em particular, as imunidades de jurisdição, as quais abrangem atos praticados pelos agentes diplomáticos fora do exercício das funções.

Atendendo a que o art. 10.º do Protocolo (n.º 7) condiciona a imunidade dos representantes dos Estados-Membros à sua participação nos trabalhos das instituições da União, parece que só as ações emergentes da participação em tais trabalhos estão abrangidas pela imunidade, por isso assinalando Georg Gruber/Martin Benisch, como se viu, que aquele preceito é aplicável aos governadores dos bancos centrais quando estes atuem em nome do BCE.

A conclusão ainda mais restritiva se chegará, quando se considere que as imunidades de jurisdição dos governadores dos bancos centrais são regidas, não pelo art. 10.º do Protocolo (n.º 7) – preceito que, conforme se viu, lhes é aplicado por Georg Gruber/Martin Benisch –, mas pelo art. 11.º, alínea a), do mesmo Protocolo, referente às imunidades de jurisdição dos funcionários e agentes da União Europeia: no caso de se acolher esta orientação, não bastará que a ação emergja da participação nos trabalhos do BCE, ou de uma atuação em nome do BCE, para que a imunidade de jurisdição perante os tribunais dos Estados-Membros seja reconhecida aos governadores dos bancos centrais, exigindo-se que a ação emergja de um ato praticado **na qualidade oficial de membro de um órgão do BCE**, além de que o BCE, nos termos do art. 17.º do Protocolo (n.º 7), deve levantar a imunidade “sempre que considere que tal levantamento não é contrário aos interesses da União”¹⁹.

Em contrapartida, se lhes for aplicável o regime das imunidades de jurisdição dos funcionários e agentes da União Europeia, e não o das imunidades de jurisdição dos representantes dos Estados-Membros que participam nos trabalhos das instituições da União, os governadores dos bancos centrais beneficiam de uma garantia que a estes representantes não é (ao menos expressamente) concedida pelo Protocolo (n.º 7): a garantia da manutenção da imunidade de jurisdição perante os tribunais dos Estados-Membros, após a cessação das suas funções, nos termos do art. 11.º, alínea a), parte final, do Protocolo (n.º 7).

Não sendo embora indiferente a aplicação, aos governadores dos bancos centrais, do disposto no art. 10.º ou no art. 11.º, alínea a), do Protocolo (n.º 7), pois o regime das imunidades de jurisdição consagradas em cada um destes preceitos não é totalmente coincidente, é de notar, em qualquer caso, que de ambos os preceitos decorre a exigência de, pelo menos, uma participação na atividade do BCE para a imunidade ser concedida, o que, atendendo ao carácter pouco preciso de tal exigência, levanta o problema de saber quais os atos dos governadores que ainda significam uma tal participação e, como tal, se encontram cobertos pela imunidade.

No momento em que se escrevem estas linhas, a questão a que acabou de fazer-se referência está pendente de apreciação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no âmbito do processo prejudicial C-3/20 entrado em 7 de janeiro de 2020 por decisão de reenvio de um tribunal letão, perante o qual corre um processo criminal em que é arguido um antigo governador do Banco da Letónia²⁰.

Com efeito, a 5.ª questão prejudicial que, no âmbito do processo prejudicial C-3/20, é colocada ao Tribunal de Justiça da União Europeia pelo tribunal letão é a seguinte: “Deve a existência de um interesse da União Europeia, ao aplicar as disposições do Protocolo (n.º 7) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia, estar sempre diretamente ligada às decisões tomadas ou aos atos praticados no exercício de funções numa instituição da União Europeia? Com efeito, pode ser instaurado um processo penal contra esse funcionário se a acusação deduzida contra ele não estiver ligada às suas funções numa

¹⁹ Veja-se, quanto a estas exigências e condições, o ponto 7.2 deste texto e também o que se disse neste ponto 7.6 a propósito das **imunidades do pessoal do BCE**.

²⁰ A identificação do processo prejudicial em referência pode encontrar-se aqui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62020CN0003>.

instituição da União Europeia mas às atividades exercidas no âmbito das suas funções numa instituição de um Estado-Membro?”.

Esta (5.ª) questão prejudicial, se bem se reparar, é colocada por referência à generalidade das disposições do Protocolo (n.º 7), e não por referência a uma concreta disposição deste Protocolo, diversamente do que sucede quanto às outras questões prejudiciais submetidas pelo tribunal letão, as quais traduzem problemas interpretativos em torno do artigo 11.º, alínea a), do mesmo Protocolo: assim, por exemplo, a 1.ª questão prejudicial visa saber se “[o] artigo 11.º, alínea a), e o artigo 22.º, primeiro parágrafo, do Protocolo (n.º 7) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia, são aplicáveis à função de membro do Conselho do Banco Central Europeu, exercida pelo governador de um banco central de um Estado-Membro, a saber, o presidente do Banco da Letónia, AB”.

O motivo pelo qual na 5.ª questão prejudicial o tribunal letão não identifica uma disposição específica do Protocolo (n.º 7) pode prender-se com a circunstância de esse tribunal não estar seguro acerca da aplicabilidade do artigo 11.º, alínea a), deste Protocolo aos governadores dos bancos centrais que sejam membros dos órgãos do BCE (por esta disposição ter em vista os funcionários e agentes da União Europeia e os governadores dos bancos centrais não poderem facilmente ser como tal qualificados) e, conseqüentemente, ter prevenido a possibilidade de o Tribunal de Justiça da União Europeia vir a entender que a imunidade de jurisdição destas pessoas decorreria de outro preceito do Protocolo (n.º 7): entendimento que, aliás, e como dissemos, julgamos preferível, pois parece ser o art. 10.º, e não o art. 11.º, alínea a), do Protocolo (n.º 7), o preceito que regula tais imunidades.

A dilucidação da assinalada 5.ª questão prejudicial, é certo, não interessa apenas à determinação da extensão das imunidades de jurisdição dos membros do Conselho do Banco Central Europeu que sejam ou tenham sido governadores de bancos centrais de Estados-Membros, mas, em geral, à determinação da extensão das imunidades de jurisdição de quaisquer pessoas que exerçam simultaneamente funções em órgãos de instituições europeias e em entidades de direito interno e relativamente às quais, portanto, possa suscitar-se a dúvida sobre a qualidade em que atuam.

Todavia, no caso dos governadores de bancos centrais de Estados-Membros a referida questão assume contornos particulares, já que é especialmente difícil autonomizar os atos praticados por esses governadores no exercício de cada uma dessas funções, por estarem encadeadas as próprias funções cometidas aos bancos centrais nacionais e ao BCE.

Desta dificuldade deu conta a Advogada-Geral Juliane Kokott nas suas Conclusões de 19 de dezembro de 2018 nos processos apensos C-202/18 e C-238/18, que correram perante o Tribunal de Justiça da União Europeia e foram instaurados, respetivamente, por Ilmārs Rimšēvičs, antigo governador do Banco da Letónia (e, ao que se deduz, um dos arguidos no processo criminal que corre na Letónia e de que emergiu o presente processo prejudicial C-3/20), e pelo BCE contra a República da Letónia, culminando na anulação, por acórdão daquele Tribunal de 26 de fevereiro de 2019, de uma decisão de uma autoridade letã que proibira Ilmārs Rimšēvičs de exercer as suas funções de governador do Banco Central da Letónia, por suspeita de tráfico de influências em benefício de um banco letão.

Lê-se, com efeito, nas mencionadas Conclusões o seguinte:

“ [...]”

149. [...] o BCE alega, é certo, que a imunidade conferida a I. Rimšēvičs pelo Protocolo n.º 7 relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia se aplica apenas aos atos praticados na sua qualidade de membro do Conselho do BCE, ao passo que os atos que as autoridades letãs lhe

imputam foram praticados por I. Rimšēvičs unicamente na sua qualidade de governador do Banco da Letónia. Assim, nomeadamente, o banco a favor do qual I. Rimšēvičs alegadamente atuou, o Trasta Komerbanka, estava sujeito à supervisão prudencial direta da Comissão dos Mercados Financeiros e de Capitais letã. Por conseguinte, este banco não foi objeto de qualquer decisão prudencial do BCE, com exceção da decisão relativa à revogação da autorização adotada em 2016. Além disso, esta decisão não foi preparada pelo Conselho do BCE e só foi adotada por este no âmbito de um procedimento de não objeção, que não carece de acordo expresso por parte dos seus membros ([...]).

150. Contudo, o Conselho do BCE, nos termos do Regulamento n.º 1024/2013 e não obstante a objeção do BCE reproduzida no número precedente, participa pelo menos na supervisão prudencial das instituições de crédito como o Trasta Komerbanka e é responsável pela tomada de decisões relativas à respetiva autorização. Por conseguinte, à luz dos factos imputados a I. Rimšēvičs pelo KNAB ([...]), não se pode, à partida, excluir que o inquérito do KNAB bem como atualmente o inquérito do procurador da Procuradoria-Geral da República da Letónia também incidem sobre atos praticados por I. Rimšēvičs no exercício das suas funções como membro do Conselho do BCE.

[...]” (negrito acrescentado)²¹.

Não sabemos se o Tribunal de Justiça da União Europeia, no ora pendente processo prejudicial C-3/20 entrado em 7 de janeiro de 2020, decidirá a 5.ª questão prejudicial que lhe foi submetida atribuindo relevância, e em que termos, às circunstâncias assinaladas pela Advogada-Geral Juliane Kokott nos precedentes processos apensos C-202/18 e C-238/18 – a de o Conselho do BCE participar na supervisão prudencial de certa instituição de crédito e a de ser responsável pela tomada de decisões relativas à respetiva autorização –, que, naqueles processos, não chegou a ponderar, por nenhuma questão de imunidade de jurisdição lhe cumprir então resolver.

A nosso ver, se é pertinente ponderar tais circunstâncias na decisão quanto à existência e extensão de uma imunidade de jurisdição de atuais e antigos governadores de bancos centrais nacionais perante os correspondentes tribunais (e se é expectável tal ponderação²²), que, agora sim, o Tribunal de Justiça da União Europeia é chamado a proferir – sem, todavia, lhe caber pronunciar-se sobre a verificação de uma imunidade no caso concreto (isto é, sobre a imunidade do antigo governador do Banco da Letónia perante os tribunais da Letónia, no processo criminal em que é arguido)²³ –, o que não pode deixar de ser ponderado também por este Tribunal é o fim último das imunidades de jurisdição da União Europeia perante os tribunais dos Estados-Membros, que é a proteção das atividades e missões da União, e, bem assim, se se justifica a concessão de uma imunidade perante esses tribunais se, concomitantemente, o seu beneficiário não puder ser demandado perante a jurisdição europeia ou se esta jurisdição não for competente

²¹ O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 26 de fevereiro de 2019 e as Conclusões da Advogada-Geral de 19 de dezembro de 2018 referidos no texto podem ser consultados aqui: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-202/18&language=PT#>.

²² Como faz questão de salientar a Advogada-Geral Juliane Kokott, nas recentes Conclusões de 3 de setembro de 2020 no processo C-316/19 (aqui: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=230620&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7385055>) – em que se discute se a inviolabilidade dos arquivos do BCE, garantida pelos arts. 2.º e 22.º, em conjugação com o art. 18.º, do Protocolo (n.º 7), se estende a documentação existente nas instalações de bancos centrais nacionais –, o Tribunal de Justiça da União Europeia, nos anteriores processos apensos C-202/18 e C-238/18, já “declarou que o BCE e os bancos centrais nacionais estão «associados» no âmbito do SEBC e cooperam estreitamente, de modo que prevalece uma distinção menos acentuada do ordenamento jurídico da União e dos ordenamentos jurídicos nacionais” (veja-se o n.º 54 daquelas Conclusões, remetendo para o n.º 69 do Acórdão proferido naqueles processos apensos).

²³ Sobre esta restrição dos poderes de cognição do Tribunal de Justiça da União Europeia, veja-se a jurisprudência referenciada no ponto 21 deste texto.

para apreciar os seus atos de natureza indefinida (condições cuja verificação aquele Tribunal deve apurar, por constituírem matéria de direito).

Tudo se resume, em suma, a saber se uma conceção mais generosa da imunidade de jurisdição dos governadores dos bancos centrais nacionais satisfaz o interesse da União e se é proporcionada, designadamente por não impedir aos titulares de interesses conflitantes a satisfação dos seus próprios interesses por outras vias.

Por fim, uma breve nota sobre as imunidades de jurisdição de membros de órgãos do BCE diversos daqueles a que se fez referência.

Segundo Raffaele D'Ambrosio²⁴, os órgãos do BCE a que se reportam as imunidades não são apenas aqueles que estão mencionados nos Tratados, mas também os órgãos instituídos pelo Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, que confere ao BCE atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito (no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão – MUS) – assim, por exemplo, o Conselho de Supervisão –, e podem ser quer órgãos decisórios quer não decisórios; quanto ao pessoal envolvido nas atividades de supervisão do MUS, não é claro, segundo o Autor, se as imunidades se aplicam aos membros das autoridades nacionais competentes que integram as equipas conjuntas de supervisão e as equipas de inspeção no local que agem sob a coordenação do BCE – veja-se, a propósito destas equipas, o Regulamento (UE) n.º 468/2014 do Banco Central Europeu, de 16 de abril de 2014, que estabelece o quadro de cooperação, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, entre o Banco Central Europeu e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (Regulamento-Quadro do MUS) (BCE/2014/17), especialmente os seus arts. 3.º, n.º 1, 4.º, 143.º, n.º 1, e 144.º – e, em caso afirmativo, qual a disposição que conferiria tais imunidades, se o art. 11.º do Protocolo (relativo às imunidades dos funcionários e outros agentes da União), se o seu art. 10.º (relativo às imunidades dos representantes dos Estados-Membros que participam nos trabalhos das instituições da União).

Trata-se, no fundo, de uma questão semelhante à que tínhamos anteriormente analisado.

III Disposições avulsas sobre imunidades de jurisdição da União Europeia

8. Para além da sede legal genérica constituída pelo referido Protocolo (n.º 7), há a considerar múltiplas disposições especiais, constantes de variados instrumentos legislativos que concedem imunidades de jurisdição a certas pessoas e entidades perante os tribunais dos Estados-Membros ou que, conferindo simplesmente imunidades, levantam o problema de saber se estas se estendem à jurisdição.

Com efeito, as imunidades estabelecidas no Protocolo (n.º 7) não esgotam o leque das imunidades consagradas no direito europeu.

São exemplos dessas disposições especiais (a indicação não é exaustiva, mas meramente ilustrativa da sua diversidade):

²⁴ Raffaele D'Ambrosio, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, cit., pp. 122-124

- O **art. 286.º, n.º 8, do TFUE**, que determina que “as disposições do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia aplicáveis aos juízes do Tribunal de Justiça da União Europeia são igualmente aplicáveis aos membros do Tribunal de Contas”;
- O **art. 343.º do TFUE**, segundo o qual “a União goza, no território dos Estados-Membros, dos privilégios e imunidades necessários ao cumprimento da sua missão, nas condições definidas no Protocolo de 8 de abril de 1965 relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia. O mesmo regime é aplicável ao Banco Central Europeu e ao Banco Europeu de Investimento”;
- O **art. 191.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica**, segundo o qual “a Comunidade goza, no território dos Estados-Membros, dos privilégios e imunidades necessários ao cumprimento da sua missão, nas condições definidas no Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia”;
- O **art. 3.º do Protocolo (n.º 3) Relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia**, que preceitua que “os juízes gozam de imunidade de jurisdição. No que diz respeito aos atos por eles praticados na sua qualidade oficial, incluindo as suas palavras e escritos, continuam a beneficiar de imunidade após a cessação das suas funções. O Tribunal de Justiça, reunido como tribunal pleno, pode levantar a imunidade. Caso a decisão diga respeito a um membro do Tribunal Geral ou de um tribunal especializado, o Tribunal de Justiça decide após consulta ao tribunal em causa. Quando uma ação penal seja exercida contra um juiz após o levantamento da imunidade, este só pode ser julgado, em qualquer dos Estados-Membros, pela instância competente para julgar os magistrados pertencentes ao órgão jurisdicional nacional da mais elevada hierarquia. O disposto nos artigos 11.º a 14.º e 17.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia é aplicável aos juízes, advogados-gerais, secretário e relatores adjuntos do Tribunal de Justiça da União Europeia, sem prejuízo das disposições relativas à imunidade de jurisdição dos juízes, constantes dos parágrafos anteriores.”;
- O **art. 8º do mesmo Protocolo (n.º 3)**, segundo o qual “o disposto nos artigos 2.º a 7.º é aplicável aos advogados-gerais”;
- O **art. 47º do mesmo Protocolo (n.º 3)**, segundo o qual “o quarto parágrafo do artigo 3.º e os artigos 10.º, 11.º e 14.º do presente Estatuto aplicam-se, *mutatis mutandis*, ao secretário do Tribunal Geral”;
- O **art. 5.º do anexo ao mesmo Protocolo (n.º 3)**, segundo o qual “os artigos 2.º a 6.º, 14.º e 15.º, o primeiro, segundo e quinto parágrafos do artigo 17.º, bem como o artigo 18.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia são aplicáveis ao Tribunal da Função Pública e aos seus membros”;
- O **art. 6.º, n.º 2, do anexo ao mesmo Protocolo (n.º 3)**, segundo o qual “o Tribunal da Função Pública nomeia o seu secretário e estabelece o respetivo estatuto. O quarto parágrafo do artigo 3.º e os artigos 10.º, 11.º e 14.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia são aplicáveis ao secretário do Tribunal da Função Pública”;
- O **art. 39.º do Protocolo (n.º 4) Relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu**, que dispõe que “o BCE goza, no território dos Estados-Membros, dos privilégios e imunidades necessários ao cumprimento da sua missão, nas condições definidas no Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia”;

- O art. 26.º do Regulamento (CE) n.º 168/2007 do Conselho, de 15 de fevereiro de 2007, que cria a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nos termos do qual “o Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades das Comunidades Europeias é aplicável à agência”;
- O art. 67.º do Regulamento (UE) n.º 1093/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia), altera a Decisão n.º 716/2009/CE e revoga a Decisão 2009/78/CE da Comissão, nos termos do qual “o Protocolo (n.º 7) relativo aos privilégios e imunidades da União Europeia anexo ao Tratado da União Europeia e ao TFUE aplica-se à Autoridade e ao seu pessoal”²⁵;
- O art. 80.º do Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014, que estabelece regras e um procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um Mecanismo Único de Resolução e de um Fundo Único de Resolução bancária e que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, segundo o qual “o Protocolo n.º 7 relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia anexo ao TUE e ao TFUE é aplicável ao CUR [Conselho Único de Resolução] e ao seu pessoal”²⁶;
- O art. 26.º do Regulamento (UE) 2015/2219 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, sobre a Agência da União Europeia para a Formação Policial (CEPOL) e que substitui e revoga a Decisão 2005/681/JAI do Conselho, nos termos do qual “o Protocolo relativo aos privilégios e imunidades da União Europeia é aplicável à CEPOL [que é uma agência da União dotada de personalidade jurídica] e ao seu pessoal”;
- O art. 7.º da Decisão do Conselho de 27 de março de 2007 que institui a Empresa Comum Europeia para o ITER e o Desenvolvimento da Energia de Fusão e que lhe confere vantagens (2007/198/Euratom), nos termos do qual “o Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades das Comunidades Europeias é aplicável à Empresa Comum, ao seu Diretor e ao seu pessoal”.

IV Imunidades de jurisdição da própria União Europeia e das suas instituições e organismos

9. As disposições acabadas de mencionar só aludem claramente a imunidades de jurisdição de funcionários e agentes da União Europeia, de membros das instituições e organismos da União Europeia, de membros dos órgãos e do pessoal das instituições da União Europeia e dos membros dos órgãos e do pessoal dos organismos da União Europeia²⁷.

²⁵ A Autoridade Bancária Europeia é um organismo da União Europeia com personalidade jurídica, segundo o art. 5.º, n.º 1, do Regulamento em referência.

²⁶ O CUR, segundo o art. 42.º, n.º 1, do Regulamento em referência, “é uma agência da União com uma estrutura específica correspondente às suas missões. O CUR tem personalidade jurídica”.

²⁷ Veja-se o que no ponto 1., em nota, se referiu acerca da complexa estrutura institucional da União Europeia.

10. Referem, é certo, imunidades e privilégios da própria União Europeia e de algumas das suas instituições e organismos, bem como da CEEA – assim, por exemplo, os acima citados arts. 21.º e 22.º do Protocolo (n.º 7) anexo aos Tratados, o art. 343.º do TFUE, o art. 191.º do Tratado que institui a CEEA e o art. 39.º do Protocolo (n.º 4) anexo aos Tratados –, mas **não são explícitas quanto a saber se a própria União Europeia e as suas próprias instituições** (por exemplo, Parlamento Europeu, Comissão Europeia ou BCE) **ou organismos dotados de personalidade jurídica** (como é o caso do Banco Europeu de Investimento – BEI²⁸) **podem ser demandados** (em ações declarativas e executivas, no caso de se tratar de matéria civil e comercial, ou em processos de outra natureza: por exemplo, administrativos ou contraordenacionais) perante os tribunais dos Estados-Membros, isto é, se as referidas imunidades se estendem ao aspeto particular da jurisdição.

Naturalmente que, na prática, o problema só se coloca perante litígios que não devam ser dirimidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, pois se este tribunal for competente – por exemplo, ao abrigo dos arts. 263.º, 265.º, 268.º e 340.º do TFUE²⁹ – e a ação contra a União ou a instituição ou organismo vier a ser instaurada perante um tribunal de um Estado-Membro, coloca-se logo um problema de incompetência deste tribunal e, como tal, nem será necessário analisar a questão da existência de uma imunidade de jurisdição do demandado.

11. De qualquer modo, e o que acabou de ser dito já o indicia, uma eventual imunidade de jurisdição da União Europeia e/ou das suas instituições ou organismos perante os tribunais dos Estados-Membros **nunca poderia significar a exclusão da responsabilidade destas entidades por danos que lhes possam ser imputáveis.**

É o que se depreende do art. 340.º do TFUE, que trata tanto da responsabilidade da União Europeia como da responsabilidade do BCE, nos seguintes termos: “A responsabilidade contratual da União é regulada pela lei aplicável ao contrato em causa. Em matéria de responsabilidade extracontratual, a União deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções. Em derrogação do segundo parágrafo, o Banco Central Europeu deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados por si próprio ou pelos seus agentes no exercício das suas funções. A

²⁸ Segundo o art. 308.º do TFUE, o BEI tem personalidade jurídica. Optámos por qualificá-lo como um “organismo” da União Europeia, uma vez que não é qualificado como instituição no art. 13.º do TUE e tanto o TUE como o TFUE usam várias vezes a expressão “instituição, órgão ou organismo”. Temos todavia consciência de que a qualificação está longe de ser perfeita, até porque o art. 28.º do Protocolo (n.º 5) relativo aos Estatutos do BEI qualifica as filiais do BEI (e não o próprio BEI) como organismos.

²⁹ Interessa especialmente, para o tema em análise, o quarto parágrafo do art. 263.º do TFUE – nos termos do qual “qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas condições previstas nos primeiro e segundo parágrafos, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução” –, o terceiro parágrafo do art. 265.º do TFUE, que determina que “qualquer pessoa singular ou coletiva pode recorrer ao Tribunal, nos termos dos parágrafos anteriores, para acusar uma das instituições, órgãos ou organismos da União de não lhe ter dirigido um ato que não seja recomendação ou parecer”, o art. 268.º do TFUE, que estabelece que “o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para conhecer dos litígios relativos à reparação dos danos referidos nos segundo e terceiro parágrafos do artigo 340.º”, e este art. 340.º, que nos segundo e terceiro parágrafos dispõe que “em matéria de responsabilidade extracontratual, a União deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções” e que “em derrogação do segundo parágrafo, o Banco Central Europeu deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados por si próprio ou pelos seus agentes no exercício das suas funções”.

responsabilidade pessoal dos agentes perante a União é regulada pelas disposições do respetivo Estatuto ou do Regime que lhes é aplicável.”³⁰.

Para a CEEA existe uma disposição semelhante: o art. 188.º do Tratado que a institui.

12. Um argumento a favor da imunidade de jurisdição da **União Europeia** perante os tribunais dos Estados-Membros pode ser o de que as organizações internacionais beneficiam, por razões de garantia da sua independência e bom funcionamento, de imunidade de jurisdição, sendo esta imunidade, ao contrário da dos Estados, absoluta, por não se limitar aos atos de autoridade e se estender também aos atos de gestão (justamente porque no Direito das Organizações Internacionais não tem sentido a distinção entre estes dois tipos de atos, atendendo a que essas organizações não exercem autoridade nas relações com particulares exteriores à organização): todos os atos necessários para o desempenho da missão e atividades da organização deveriam, então, estar compreendidos na imunidade³¹.

Todavia, além de ser duvidoso que as organizações internacionais gozem de uma tal imunidade absoluta (que pode, na verdade, conduzir a resultados iníquos, por retirar aos particulares o direito de ação judicial nos litígios que mantenham com tais organizações)³² e, bem assim, ser discutível a qualificação da União Europeia como organização internacional³³, importa sublinhar que é o próprio TFUE, no seu art. 274.º, a não reconhecer imunidade de jurisdição à **União Europeia quando esta entidade seja demandada perante um tribunal de um Estado-Membro**, já que estabelece nesse preceito o seguinte: “sem prejuízo da competência atribuída ao Tribunal de Justiça da União Europeia pelos Tratados, os litígios em que a União seja parte não ficam, por este motivo, subtraídos à competência dos órgãos jurisdicionais nacionais”.

Embora o art. 274.º do TFUE pareça confundir a sujeição à jurisdição (pressuposto processual que, embora referente ao tribunal, atende a certa qualidade da parte³⁴) com a competência

³⁰ A referência especial ao BCE, constante do terceiro parágrafo do citado art. 340.º do TFUE, explica-se, como observa Maria José Rangel de Mesquita (*O sistema jurisdicional após o Tratado de Lisboa*, cit., pp. 15-16), pela circunstância de o BCE ter passado a constituir, após o Tratado de Lisboa, uma instituição da União Europeia, apesar de ter personalidade jurídica, ao contrário das outras instituições, e, conseqüentemente, dever ser diferente o regime de responsabilidade a que está sujeito: o BCE deve “responder ele próprio financeiramente (e não a União) pelos danos que sejam causados por si ou pelos seus agentes no exercício das suas funções”.

³¹ Sobre este argumento, Myriam Benlolo-Carabot, “Les immunités des Communautés européennes”, cit., pp. 570-571. A imunidade (relativa, e não absoluta) de jurisdição dos Estados, reconhecida pelo Direito Internacional, está consagrada, entre outras fontes, na Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos Seus Bens (Convenção de Nova Iorque de 17 de janeiro de 2005, aprovada, entre nós, pela Resolução da Assembleia da República n.º 46/2006, de 20 de abril de 2006), enumerando os seus arts. 10.º e segs. processos judiciais nos quais os Estados não podem invocar imunidade.

³² Sobre esta possível consequência da imunidade de jurisdição, citando jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *idem*, pp. 571-572; veja-se também Myriam Benlolo-Carabot, “Les immunités de l’Union européenne dans les États tiers”, cit., pp. 813-814, salientando que, para assegurar a compatibilidade da imunidade de jurisdição da organização internacional com o art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (que consagra o direito a um processo equitativo), aquele Tribunal verifica se os requerentes (queixosos) dispõem de outras vias razoáveis (isto é, vias alternativas) para proteger eficazmente os direitos que a Convenção lhes assegura. Veja-se, ainda, Georg Gruber/Martin Benisch, *Privileges and immunities of the European Central Bank*, cit., p. 17, observando que, para garantir aos interessados o direito de ação judicial, as organizações internacionais devem dispor de um tribunal interno independente ou aceitar o recurso à arbitragem para dirimir litígios que as envolvam (características que as instituições europeias preenchem).

³³ A natureza especial da União Europeia face às outras organizações internacionais decorre da sua competência exclusiva em certas áreas: assim, Ramses A. Wessel, *Immunities of the European Union*, cit., p. 5.

³⁴ Ou, talvez melhor, atende à inexistência de certa qualidade da parte: por exemplo, não ser o réu um Estado estrangeiro, não ser agente diplomático de um Estado estrangeiro, não ser Chefe de Estado estrangeiro, etc. Sublinhe-se, de todo o modo, que na doutrina processualista não é consensual a qualificação da sujeição à jurisdição como pressuposto processual relativo ao tribunal, sendo, justamente pela consideração da qualidade da parte que

(pressuposto processual referente ao tribunal que traduz a medida da jurisdição deste, por confronto com a dos outros tribunais), o preceito espelha, em qualquer caso, a seguinte ideia, correspondente à conclusão que avançámos: a União Europeia não pode ser demandada perante os tribunais dos Estados-Membros quando para a causa seja competente o Tribunal de Justiça da União Europeia (o que se verificará, aliás, as mais das vezes nos litígios em que a União Europeia esteja envolvida, determinando que o problema da imunidade de jurisdição da União Europeia quase nunca se coloque, por estar prejudicado pelo da competência³⁵), devendo, neste caso, o tribunal nacional declarar-se incompetente, nos termos gerais; se, para a causa, não for competente nem o Tribunal de Justiça da União Europeia, nem o tribunal nacional perante o qual a ação foi proposta (por este não possuir competência internacional para apreciar tal litígio nem segundo as regras de direito internacional, nem segundo as regras de direito europeu, nem segundo as suas regras internas de atribuição de competência internacional), o tribunal da ação (Tribunal de Justiça da União Europeia ou tribunal nacional) deve também declarar-se incompetente, nos termos gerais; se, para a causa, for competente o tribunal nacional, à luz de algum critério de distribuição da competência internacional, a União Europeia não goza de imunidade de jurisdição, devendo o tribunal nacional, se os outros pressupostos processuais estiverem preenchidos (capacidade judiciária, legitimidade, etc.) conhecer do mérito da causa.

13. E mesmo na vertente da **imunidade de execução** – entendida como insusceptibilidade de instauração, já não de uma ação declarativa, mas de um processo executivo, ou de um procedimento com natureza semelhante (por nele poderem ser praticados atos de apreensão de bens) – não parece que deva afirmar-se uma imunidade de jurisdição da **União Europeia** perante os tribunais dos Estados-Membros, sem prejuízo de os bens da União Europeia não poderem ser livremente penhorados ou apreendidos, nos termos do art. 1.º do Protocolo (n.º 7) relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia, que, entre o mais, dispõe que “os bens e haveres da União não podem ser objeto de qualquer medida coerciva, administrativa ou judicial, sem autorização do Tribunal de Justiça”.

A inexistência de imunidade para a instauração de uma execução está subjacente, por exemplo, ao acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 1993 (Proc. C-182/91; Forafrique Burkinabe SA contra Comissão), no qual se refere, a propósito do mencionado art. 1.º do Protocolo (n.º 7) e invocando-se um anterior despacho do Tribunal de Justiça de 17 de junho de 1987 (Universe Tankship/Comissão, 1/87 SA, Colect., p. 2807), que embora “os bens e haveres das Comunidades não [possam] ser objeto de qualquer medida coerciva, administrativa ou judicial, sem autorização do Tribunal de Justiça”, “a competência do Tribunal de Justiça nos casos de arresto se deve limitar à análise da questão de saber se esta medida, tendo em conta os efeitos que implica consoante o direito nacional aplicável, é suscetível de entrar o bom funcionamento e independência das Comunidades Europeias. Quanto ao restante, o processo de arresto continua a ser regulado inteiramente pelo direito nacional aplicável”.

o pressuposto envolve, frequente qualificá-lo como um pressuposto processual relativo às partes, a par, nomeadamente, da personalidade judiciária ou da capacidade judiciária.

³⁵ É o que observa, relativamente às Comunidades Europeias, Myriam Benlolo-Carobot, “Les immunités des Communautés européennes”, cit., pp. 572-575. Ramses A. Wessel (*Immunities of the European Union*, cit., p. 9) salienta, a este propósito, que a União Europeia apresenta uma particularidade que a distingue das outras organizações internacionais: enquanto estas não estão apetrechadas com um tribunal perante o qual qualquer interessado as possa demandar, a União Europeia possui o Tribunal de Justiça da União Europeia (embora a competência deste não seja genérica nem residual, mas restringida a determinadas matérias).

Depreende-se deste acórdão, com efeito, que o art. 1.º do Protocolo (n.º 7) não impede que, contra a União Europeia, se instaurem ações executivas e procedimentos de natureza semelhante (arrestos, por exemplo) perante os tribunais nacionais, porque só assim se compreenderia a referência que nele é feita à regulação pelo direito nacional aplicável e à intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia apenas quanto a um aspeto específico dessas ações e procedimentos³⁶.

De todo o modo, como a penhora ou a apreensão judicial de certos bens, que têm lugar nessas ações e procedimentos, pode efetivamente frustrar-se caso o Tribunal de Justiça não autorize tais medidas, a recusa de autorização pode equivaler, não formalmente, mas em substância, a uma imunidade de execução, levantando problemas no plano do direito de ação judicial, até porque a noção de “bens e haveres da União” tem sido interpretada em termos amplos³⁷.

14. Diferente da situação da União Europeia, que não beneficia de imunidade de jurisdição perante os tribunais dos Estados-Membros (só quanto às medidas de natureza executiva se verificando o condicionamento decorrente da exigência de autorização do Tribunal de Justiça da União Europeia, a que se aludiu), parece ser o caso da CEEA.

Na verdade, o Supremo Tribunal holandês já lhe reconheceu imunidade de jurisdição (perante os tribunais holandeses) num processo por violação de regulamentos de natureza ambiental, com base no entendimento de que, como tal violação se relacionava com o desempenho da sua missão enquanto organização internacional, tal imunidade impunha-se³⁸.

A ausência, no Tratado que institui a CEEA, de uma disposição semelhante à do acima mencionado art. 274.º do TFUE, talvez justifique o diferente tratamento da CEEA, por comparação com a União Europeia.

³⁶ Salientando que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem entendido que os procedimentos de arresto e a verificação das condições para o decretamento desta medida são regulados pelos direitos nacionais, limitando-se a intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia à apreciação das implicações da medida para o bom funcionamento e independência das Comunidades europeias, veja-se Myriam Benlolo-Carabot, “Les immunités de l’Union européenne dans les États tiers”, cit., pp. 810-811.

³⁷ A necessidade de autorização do Tribunal de Justiça à luz do referido art. 1.º do Protocolo (n.º 7) já foi apreciada por este Tribunal à luz do direito a um processo equitativo e do direito de propriedade. Assim, no despacho do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 14 de dezembro de 2004 (Proc. C-1/04 SA; Tertir-Terminais de Portugal S.A. contra Comissão das Comunidades Europeias), proferido sobre um pedido (da Tertir) de autorização de um arresto dos montantes em poder da Comissão e por esta devidos à República da Guiné-Bissau (por sua vez devedora da requerente Tertir) a título de contrapartida financeira ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 249/2002 do Conselho, de 21 de janeiro de 2002, o Tribunal de Justiça não autorizou o pretendido arresto do crédito, rejeitando a argumentação da requerente Tertir de que a interpretação que vinha fazendo do art. 1.º do Protocolo (n.º 7) – segundo a qual esta disposição visa evitar entraves ao funcionamento e à independência das Comunidades – violava os seus direitos fundamentais: segundo o Tribunal de Justiça, a imunidade da qual as Comunidades beneficiam não é absoluta e uma medida coerciva pode ser autorizada quando a mesma não seja suscetível de colocar entraves ao seu funcionamento (entraves que poderiam ocorrer no caso concreto, nomeadamente porque o arresto poderia afetar o funcionamento da política comum das pescas e conduzir à suspensão do acordo de pesca celebrado com a República da Guiné-Bissau), sendo tal orientação “conforme às regras do direito internacional geral aplicáveis no domínio das imunidades dos Estados e das organizações internacionais”.

Quanto à noção de “bens e haveres da União”, e à forma como tem sido interpretada pelos tribunais nacionais e instituições europeias, veja-se Myriam Benlolo-Carabot, “Les immunités de l’Union européenne dans les États tiers”, cit., pp. 811-812.

³⁸ Relatando este caso, Ramses A. Wessel, *Immunities of the European Union*, cit., p. 14.

15. Vejamos agora a imunidade de jurisdição do BCE, na qualidade de instituição da União Europeia, dado que à imunidade dos membros dos seus órgãos e do seu pessoal já atrás fizemos menção³⁹.

Quanto ao BCE, crê-se que, a existir imunidade de jurisdição perante os tribunais dos Estados-Membros, a mesma só poderia versar sobre matéria diversa da contratual.

Com efeito, para a matéria contratual, o art. 35.º, n.º 2, do Protocolo (n.º 4) Relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu preceitua que “os litígios entre o BCE, por um lado, e os seus credores, devedores ou quaisquer terceiros, por outro, serão resolvidos pelos órgãos jurisdicionais nacionais competentes, sem prejuízo da competência atribuída ao Tribunal de Justiça da União Europeia”.

Em matéria diversa da contratual, a sede legal da imunidade de jurisdição pode ser procurada no art. 39.º do Protocolo (n.º 4) Relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu, que atribui imunidades (em geral) ao BCE.

Contudo, esse preceito, ao qual já se fez referência⁴⁰, limita-se a remeter para o Protocolo (n.º 7), que não confere, como se viu⁴¹, imunidades de jurisdição à própria União Europeia, mas apenas aos seus funcionários e agentes, e a membros das suas instituições.

Parece, assim, que o BCE está sujeito à regra do art. 274.º do TFUE, segundo a qual “sem prejuízo da competência atribuída ao Tribunal de Justiça da União Europeia pelos Tratados, os litígios em que a União seja parte não ficam, por este motivo, subtraídos à competência dos órgãos jurisdicionais nacionais”: o que é compreensível, pois nenhum motivo existe para que o BCE beneficie de imunidade de jurisdição perante os tribunais dos Estados-Membros, diversamente do que sucede quanto à própria União Europeia⁴².

Assim, sempre que, para a causa, não for competente o Tribunal de Justiça da União Europeia (interessando em especial, no caso do BCE, o disposto nos arts. 263.º a 265.º, 268.º e 340.º do TFUE, já acima transcritos⁴³, bem como o art. 36.º, n.º 2, do Protocolo (n.º 4)⁴⁴), o BCE não beneficia de imunidade de jurisdição perante os tribunais dos Estados-Membros, devendo a ação ser instaurada perante o tribunal (nacional) internacionalmente competente à luz das regras do direito processual internacional potencialmente aplicáveis (umas de fonte internacional, outras de fonte europeia e outras ainda de fonte nacional, pelo que é necessário determinar as que prevalecem e efetivamente se aplicam ao caso concreto antes de aferir aquela competência)⁴⁵.

³⁹ Veja-se o que ficou dito no ponto 7.6.

⁴⁰ Veja-se o ponto 8 deste texto.

⁴¹ Veja-se o que ficou dito nos pontos 10 a 13 deste texto.

⁴² Em sentido diferente do do texto, mas admitindo a possibilidade de renúncia à imunidade de jurisdição do BCE, nomeadamente através da celebração de pacto de jurisdição, veja-se Georg Gruber/Martin Benisch, *Privileges and immunities of the European Central Bank*, cit., p. 18.

⁴³ No ponto 10, em nota.

⁴⁴ Segundo o art. 36.º, n.º 2, do Protocolo (n.º 4), “o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir sobre todo e qualquer litígio entre o BCE e os seus agentes nos limites e condições previstos no regime que a estes é aplicável”.

⁴⁵ Neste sentido, mas salientando que, na prática, serão poucos os casos em que os tribunais dos Estados-Membros são competentes para apreciar ações propostas contra o BCE, atendendo a que não só as competências do Tribunal de Justiça da União Europeia têm sido interpretadas extensivamente, como também porque a competência deste Tribunal pode ser estendida através de convenções de arbitragem, veja-se Georg Gruber/Martin Benisch, *Privileges and immunities of the European Central Bank*, cit., pp. 16-17. Sobre a referida extensão de competência através de convenções de arbitragem, veja-se o art. 35.º, n.º 4 do Protocolo (n.º 4), segundo o qual “o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir com fundamento em cláusula compromissória constante de um contrato de direito público ou privado celebrado pelo BCE ou por sua conta.”.

É de notar que a aplicação destas regras pode nem atribuir competência para a causa aos tribunais dos Estados-Membros, mas nesse caso a razão para o BCE não ser demandado perante estes (sem prejuízo de o poder ser perante os tribunais de um Estado terceiro) não será a sua não sujeição à jurisdição destes tribunais, mas a incompetência dos tribunais dos vários Estados-Membros para uma ação com aquele concreto objeto.

Por outro lado, as ações envolvendo o BCE para as quais os tribunais dos Estados-Membros podem ser competentes tanto podem dizer respeito a atos praticados pelo BCE no exercício das suas funções como a atos que extravasam tais funções: quanto a estes últimos, aliás, nem poderia o BCE beneficiar de qualquer imunidade de jurisdição, atendendo a que esta, tal como sucede em relação à imunidade da generalidade das organizações internacionais, é uma imunidade funcional, restrita ao exercício das suas funções oficiais, tal como definidas no Tratado da União Europeia e no Protocolo (n.º 4) relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu, e às atividades auxiliares necessárias ao cumprimento dessas tarefas⁴⁶.

16. Vigora ainda para o BCE a regra do art. 1.º do Protocolo (n.º 7), que atrás analisámos⁴⁷ a propósito da **imunidade de execução** da União Europeia (que, como vimos, não impede a instauração de ações executivas ou de procedimentos de arresto, apenas condicionando a apreensão de certos bens a autorização do Tribunal de Justiça).

Esta regra estende-se a bens de terceiros detidos pelo BCE, nos termos do art. 6.º do Acordo de 18 de setembro de 1998, celebrado entre o Governo alemão e o Banco Central Europeu, relativo à sede desta instituição⁴⁸, mas já não parece que se estenda a salários devidos pelo BCE aos seus trabalhadores, quando os mesmos sejam objeto de penhora em execuções movidas a estes trabalhadores, porque as correspondentes ordens de penhora relacionam-se com a atividade privada destes e as instituições europeias têm o dever de levantar a imunidade do seu pessoal quando esteja em causa uma atividade desta natureza⁴⁹.

17. Relativamente ao BEI, a questão de saber se goza de imunidade de jurisdição só se poderia colocar, tal como só se coloca quanto ao BCE, relativamente a matéria diversa da contratual.

Com efeito, em matéria contratual, determina o art. 27.º do Protocolo (n.º 5) Relativo aos Estatutos do Banco Europeu de Investimento que “os litígios entre o Banco, por um lado, e os seus credores, devedores ou quaisquer terceiros, por outro, serão resolvidos pelos órgãos jurisdicionais nacionais competentes, sem prejuízo da competência atribuída ao Tribunal de Justiça da União Europeia. O Banco pode, em qualquer contrato, prever um processo de arbitragem”.

Mas mesmo em matéria diversa da contratual não parece que o BEI beneficie de imunidade de jurisdição face aos tribunais dos Estados-Membros.

É certo que o art. 28.º do mencionado Protocolo (n.º 5) estabelece que “[...] o Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia é aplicável aos organismos referidos no n.º 1 [filiais ou outras entidades instituídas pelo Conselho de Governadores do BEI], na medida em que

⁴⁶ Assim, Georg Grube/Martin Benisch, *Privileges and immunities of the European Central Bank*, cit., p. 18.

⁴⁷ Veja-se o ponto 13 deste texto.

⁴⁸ Assim, Georg Gruber/Martin Benisch, *Privileges and immunities of the European Central Bank*, cit., p. 21. O art. 6.º do mencionado Acordo dispõe o seguinte: “Protection against administrative or legal measures of constraint pursuant to Article 1 of the Protocol also applies to funds or records of transactions which are held with the ECB for the purpose of settlement in the context of payment systems”.

⁴⁹ Assim, Georg Gruber/Martin Benisch, *Privileges and immunities of the European Central Bank*, cit., pp. 34-35.

estejam submetidos ao direito da União, bem como aos membros dos respetivos órgãos no desempenho das suas funções e ao respetivo pessoal, nos mesmos termos e condições aplicáveis ao Banco [...]”. É certo também que podem beneficiar de imunidade de jurisdição os membros dos órgãos do BEI e o seu pessoal, nos termos do art. 21.º do Protocolo (n.º 7) relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia, de 8 de abril de 1965.

Porém, não existe, relativamente ao próprio BEI, disposição que lhe atribua imunidade de jurisdição.

E como se trata de um organismo europeu com personalidade jurídica, e não de uma organização internacional, não é possível, quanto ao BEI, seguir o raciocínio que se seguiu para a CEEA: o de que nada determinando as disposições que o regulam quanto à sua submissão à jurisdição dos Estados-Membros, a doutrina da imunidade funcional das organizações internacionais conduz a que não possa ser demandado perante os tribunais dos Estados-Membros pelos atos que pratique no exercício das suas funções.

Não sendo possível seguir este raciocínio, o BEI está sujeito à jurisdição dos tribunais dos Estados-Membros, nos termos gerais.

V Regime processual geral das imunidades de jurisdição

18. De alguns aspetos particulares do regime das imunidades de jurisdição já fomos dando conta ao longo do texto, ao aludirmos a cada um dos beneficiários dessas imunidades (assim, por exemplo, à possibilidade de levantamento das imunidades e à restrição ou não das imunidades a atos praticados na qualidade oficial).

Interessará agora ver aspetos gerais desse regime, isto é, comuns a todos os beneficiários.

Centrar-nos-emos unicamente nas questões de natureza processual, isto é, nos problemas que coloca a imunidade de jurisdição num processo instaurado contra uma pessoa que beneficie de tal imunidade.

19. No TFUE e seus protocolos anexos não se encontram disposições relativas aos atos a praticar e decisões a proferir pelos tribunais dos Estados-Membros, quando perante estes sejam demandadas pessoas que, segundo o direito europeu, beneficiem de imunidade de jurisdição. Na verdade, aqueles instrumentos limitam-se a consagrar esta imunidade e a regular a possibilidade do seu levantamento por uma instituição europeia, não se ocupando das consequências da imunidade num processo judicial pendente.

Ainda assim – ou até talvez pelo carácter lacunoso do direito europeu, nesse particular –, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem produzido significativa jurisprudência sobre os deveres dos tribunais nacionais perante imunidades de jurisdição.

20. As decisões que violem regras do direito europeu sobre imunidades de jurisdição não podem ser impugnadas perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, caso às pessoas que beneficiam das imunidades não seja facultada, por alguma outra norma de direito europeu, o recurso direto

a este Tribunal: mas os tribunais dos Estados-Membros perante os quais tais decisões sejam impugnadas podem colocar ao Tribunal de Justiça, a título prejudicial, questões de interpretação daquelas regras sobre imunidades de jurisdição⁵⁰.

21. A interpretação das regras sobre imunidades de jurisdição – que o Tribunal de Justiça pode fazer – não se confunde com a verificação de uma imunidade de jurisdição num caso determinado: assim é que, no âmbito de um pedido de decisão prejudicial ao abrigo do art. 267.º do TFUE, o Tribunal de Justiça não pode, por exemplo, pronunciar-se sobre a “questão de saber se as declarações do deputado europeu [...] que deram lugar ao processo penal no processo principal constituem uma opinião emitida no exercício das suas funções parlamentares e, portanto, estão abrangidas pela imunidade prevista” no art. 8.º do Protocolo (n.º 7) anexo ao TFUE, podendo apenas “fornecer ao órgão jurisdicional nacional os elementos de interpretação do direito da União que lhe possam ser úteis para a sua decisão”⁵¹.

A competência para verificar a existência de imunidades de jurisdição de direito europeu é, assim, essencialmente dos tribunais dos Estados-Membros perante os quais decorrem os litígios envolvendo pessoas que delas beneficiam e não do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Por outro lado, na verificação de imunidades desse teor, os tribunais dos Estados-Membros não estão dependentes dos juízos das instituições europeias envolvidas sobre a existência das condições dessa imunidade, sem prejuízo de deverem, em certos casos, suspender o processo e pedir o parecer dessas instituições, em homenagem a um “dever de cooperação leal entre as instituições europeias e as autoridades nacionais”⁵².

22. Verificando uma imunidade de jurisdição, o tribunal do Estado-Membro tem de pôr fim à ação intentada contra a pessoa que dela beneficia⁵³.

Isto significa, no caso de se tratar de uma ação instaurada perante um tribunal português, a absolvição do réu da instância, em virtude de uma exceção dilatória inominada (arts. 577.º, corpo, e 576.º, n.º 2, do CPC, aplicáveis aos processos civis e, a título subsidiário, à generalidade dos processos).

⁵⁰ Neste sentido, a propósito das imunidades em geral, veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de outubro de 1982 (Proc. 1/82; M.D. contra Luxemburgo), cuja orientação, quer quanto ao recurso direto, quer quanto à apreciação prejudicial, seria seguida em vários acórdãos subsequentes. De algum modo contrariando a orientação sobre a inimpugnabilidade perante o Tribunal de Justiça da União Europeia das decisões sobre imunidades de jurisdição, a menos que exista norma a prever essa possibilidade, veja-se o já mencionado acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Sétima Secção) de 15 de outubro de 2008 (Proc. T-345/05; Ashley Neil Mote contra Parlamento Europeu), que entendeu que a decisão do Parlamento Europeu que levanta uma imunidade é impugnável perante aquele tribunal: sobre esta contradição, veja-se Myriam Benlolo-Carobot, “Les immunités des Communautés européennes”, cit., pp. 584-585.

⁵¹ Assim, acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de setembro de 2011 (Proc. C-163/10; Aldo Patriciello), já atrás referido. No caso, o Tribunal de Justiça indicou ao tribunal nacional que a declaração do deputado europeu, quando emitida fora do Parlamento Europeu, deve, para estar abrangida pela imunidade, corresponder a uma “apreciação subjetiva que apresenta umnexo direto e evidente com o exercício das funções parlamentares”.

⁵² Assim – num caso em que, numa ação intentada contra um deputado europeu num tribunal nacional, este é informado de que fora acionado um procedimento de defesa dos privilégios e imunidades do deputado –, veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21 de outubro de 2008 (Processos C-200/07 e C-201/07; Alfonso Luigi Marra contra Eduardo De Gregorio e Antonio Clemente). Veja-se, ainda, o acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de setembro de 2011 (Proc. C-163/10; Aldo Patriciello), reafirmando que mesmo que “o Parlamento Europeu, na sequência do pedido do deputado europeu em causa, tenha tomado uma decisão de defesa da sua imunidade, essa decisão, adotada em conformidade com o seu Regimento, constitui apenas um parecer que não produz nenhum efeito vinculativo relativamente aos órgãos jurisdicionais nacionais”.

⁵³ Assim, acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21 de outubro de 2008 (Processos C-200/07 e C-201/07; Alfonso Luigi Marra contra Eduardo De Gregorio e Antonio Clemente).

3 Acórdão proferido no âmbito do processo *OAK Finance Luxembourg, S.A. vs Novo Banco, S. A.*

Em anexo publica-se o acórdão, disponível apenas em inglês, proferido pelo *Supreme Court* do Reino Unido, em sede de recurso, no âmbito do processo que opôs a *Goldman Sachs International, o Guardians of New Zealand Superannuation Fund* e outros fundos de investimento internacionais (os Recorrentes) ao Novo Banco, S.A. (o Recorrido). O Banco de Portugal teve também intervenção processual no âmbito desta ação judicial, mais precisamente no *Court of Appeal* (2.ª instância) e no *Supreme Court*.

Em causa no presente processo estava a divergência quanto à jurisdição competente para julgar uma ação relativa ao crédito detido pela *Oak Finance Luxembourg, S.A.* perante o Banco Espírito Santo, S.A. (BES), resultante da concessão de um empréstimo a esta instituição de crédito portuguesa em junho de 2014. O contrato estava sujeito à lei inglesa e a um pacto de jurisdição que a atribuía aos tribunais ingleses.

Os Recorrentes invocavam ser sucessores dos direitos de crédito da *Oak Finance Luxembourg* perante o BES e também que este crédito havia sido transferido para o Novo Banco através da medida de resolução aplicada pelo Banco de Portugal ao BES em 3 de agosto de 2014.

Posteriormente à aplicação da medida de resolução, o Banco de Portugal determinou, em dezembro de 2014, que este crédito não tinha sido transferido para o Novo Banco (antes permanecendo no BES), de acordo com os critérios que tinham sido estabelecidos na medida de resolução para definir os ativos e passivos a transferir para o Novo Banco, uma vez que havia sido concedido por uma entidade (*Oak Finance Luxembourg*) que atuara por conta de um acionista com participação igual ou superior a 2% do capital social do BES (nestes casos, a transferência constituía uma proibição legal). Assim, tanto o Novo Banco como o Banco de Portugal consideravam que o Novo Banco não era devedor desse crédito, nem parte do contrato e do respetivo pacto de jurisdição.

Em particular, discutiu-se se os tribunais ingleses devem reconhecer as decisões adotadas pelo Banco de Portugal acima referidas ou se, em alternativa, podem não as reconhecer, decidindo livremente sobre em que medida o Novo Banco era parte do contrato e do pacto de jurisdição acima referidos.

O *Supreme Court* britânico veio confirmar a decisão adotada pelo *Court of Appeal* (que decidira em sentido contrário ao *High Court* – primeira instância) concluindo, por unanimidade, que não era competente para julgar esta ação uma vez que (i) de acordo com o direito europeu os tribunais ingleses estão vinculados a reconhecer as decisões das Autoridades Nacionais de Resolução, (ii) as decisões do Banco de Portugal são eficazes e vinculam todas as partes a menos que sejam

(eventualmente) anuladas e (iii) de acordo com a decisão do Banco de Portugal, o Novo Banco nunca foi parte do contrato (nem do respetivo pacto de jurisdição).

Neste sentido, resulta do presente acórdão que o quadro legal europeu vigente em matéria de resolução e liquidação de instituições de crédito seria posto em causa se os atos adotados por uma Autoridade Nacional de Resolução (*in casu*, o Banco de Portugal) não fossem integralmente reconhecidos nos outros Estados-Membros.

ANEXO



Trinity Term
[2018] UKSC 34
On appeal from: [2016] EWCA Civ 1092

JUDGMENT

Goldman Sachs International (Appellant) v
Novo Banco SA (Respondent)
Guardians of New Zealand Superannuation Fund
and others (Appellants) v Novo Banco SA (Respondent)

before

Lord Mance
Lord Sumption
Lord Hodge
Lady Black
Lord Lloyd-Jones

JUDGMENT GIVEN ON

4 July 2018

Heard on 17 and 18 April 2018

Appellant (1)
Tim Lord QC
Thomas Plewman QC
Max Schaefer
(Instructed by Cadwalader,
Wickersham & Taft LLP)

Respondent
Richard Salter QC
Jonathan Mark Phillips
(Instructed by Pinsent Masons
LLP (London))

Appellants (2)
Laurence Rabinowitz QC
David Caplan
Niranjan Venkatesan
(Instructed by Quinn Emanuel
Urquhart & Sullivan LLP)

Intervener
(*Banco de Portugal*)
Mark Howard QC
Oliver Jones
(Instructed by Enyo Law LLP)

Appellants

(1) Goldman Sachs International

(2) Guardians of New Zealand Superannuation Fund and others

LORD SUMPTION: (with whom Lord Mance, Lord Hodge, Lady Black and Lord Lloyd-Jones agree)

1. The financial crisis of 2007-2008 revealed systemic weaknesses in the European banking system and the lack of an adequate legal framework for rescuing failing banks in some member states of the European Union. The result, after a long period of deliberation, was the European Bank Recovery and Resolution Directive 2014/59/EU (or “EBRRD”). The directive required member states to confer on their domestic “Resolution Authorities” (usually the Central Bank) certain minimum powers (or “tools”) for reconstructing the businesses of failing credit institutions and investment firms. One of the “tools” was the “bridge institution tool”, which is dealt with in section 3 (articles 40-41) of the EBRRD. This required designated national Resolution Authorities to have the power to transfer to a “bridge institution” any assets, rights or liabilities of a failing credit institution.

2. The present appeal is about the recognition in the United Kingdom of measures by a foreign Resolution Authority in accordance with its own national legislation implementing the EBRRD. Any pan-European scheme for dealing with the systemic risks of bank failures must depend for its efficacy on the widest possible recognition of a home state’s measures in other jurisdictions where banks in the course of reorganisation may have interests or assets or under whose laws it may have contracted. The EBRRD dealt with this issue mainly by amending the earlier Directive 2001/24/EC on the Reorganisation and Winding up of Credit Institutions (which I shall call the “Reorganisation Directive”). The Reorganisation Directive applied to credit institutions in the course of reorganisation or winding up in a member state. It provided for their assets and liabilities to be dealt with in a single process under the law of the home member state, and for the legal consequences to be recognised in all other member states, irrespective of any other relevant law. The EBRRD amended the Reorganisation Directive so that it applied to measures taken in accordance with the new “tools” with which member states were required to equip themselves. In addition, the EBRRD made supplementary provision for co- operation among member states in giving effect to those measures.

Oak Finance and Banco Espírito Santo SA

3. The appellants sue as the assignees of the rights of Oak Finance Luxembourg SA. On 30 June 2014, Oak entered into a facility agreement with a Portuguese commercial bank, Banco Espírito Santo SA (“BES”), through the latter’s Luxembourg branch, under which it agreed to lend it about \$835m. The facility agreement was governed by English law and provided for the English courts to have exclusive jurisdiction in respect of “any dispute arising out of or in connection with this Agreement”. The entire facility was drawn down on 3 July 2014. The first scheduled repayment, amounting to \$52,860,814.22, was due on 29 December 2014. It shortly became clear, however, that BES was in serious financial difficulties. On 30 July 2014, BES reported losses for the first half of 2014 exceeding \$3.5 billion, and on the following day applied to Banco de Portugal, the Central Bank of Portugal, for emergency liquidity assistance.

4. Banco de Portugal is the designated Resolution Authority for Portugal for the purpose of the EBRRD. The relevant terms of the EBRRD had been incorporated into Portuguese law by various provisions added by amendment to the Banking Law (*Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*). Articles 145-G, 145-H and 145-I of the Banking Law (as amended) implemented the provisions concerning the bridge institution tool.

5. On 3 August 2014, the Central Bank decided to invoke these provisions in order to protect depositors' funds. By a "Deliberation" published on that date it incorporated Novo Banco SA to serve as the bridge institution, and transferred to it the assets and liabilities of BES specified in Annexes 2 and 2A. Annex 2 specified all assets and liabilities recorded in its accounts with certain exceptions. Under article 145-H(2) of the Banking Law, no liability could be transferred to a bridge institution if it was owed to an entity holding more than 2% of the original credit institution's share capital. An exception to that effect was accordingly included as paragraph (b)(i)(a) of Annex 2 of the Central Bank's decision. Annex 2A was the balance sheet of BES as at 30 June 2014 adjusted to the time of transfer to show what was then understood to be the value of the transferred assets and liabilities. The Oak liability was not mentioned there by name, but it was included in the totals for liabilities.

6. There followed a number of further decisions of the Central Bank adjusting the transfer of both assets and liabilities as investigation of BES's affairs proceeded. One of these concerned the Oak liability. On 22 December 2014, a week before the due date of the first scheduled repayment of the Oak loan, an internal memorandum addressed to the Board of the Central Bank recorded that although it had originally been thought that the Oak liability was eligible for transfer to Novo Banco, subsequent investigations suggested (i) that Oak had entered into the facility agreement on behalf of Goldman Sachs, and (ii) that Goldman Sachs held more than 2% of BES's share capital. In these circumstances, the Board of the Central Bank reached a decision later that day. The document recording the decision recites that:

"there are serious and grounded reasons to justify the understanding that Oak Finance, in granting this loan, acted on account of Goldman Sachs International, an entity in relation to which serious and grounded reasons also exist to consider that it falls under paragraph a) of no 2 of article 145-H of the [Banking Law]."

The operative part of the decision, which follows, is in these terms:

"(a) Banco Espírito Santo's liability towards Oak Finance pursuant to the loan agreement of 30 June 2014 was not transferred to Novo Banco;

(b) This decision is effective as of 3 August 2014;

(c) Novo Banco and Banco Espírito Santo must adapt their accounting records to the present decision and act in accordance with it."

Goldman Sachs objected. They contended that while they had arranged the facility agreement they were not the true lenders. Nor were they holders of more than 2% of BES's share capital. The Central Bank did not accept either point. On 11 February 2015, its Board resolved to maintain its decision of 22 December 2014. The minutes record Goldman Sachs' objection and the Central

Bank's view that it disclosed no grounds for departing from the decision. But it recites that any issue as to the eligibility of the Oak loan for transfer to Novo Banco would ultimately have to be resolved by a court of law.

7. There are current administrative law proceedings in Portugal in which the appellants challenge the Central Bank's decision of 22 December 2014. These have not yet been resolved.

The present proceedings

8. On 26 February 2015, the appellants commenced the present actions against Novo Banco in the High Court in England for sums due in respect of the Oak loan. The basis of their claims was that liability on the Oak facility had been transferred to Novo Banco by the Central Bank's decision of 3 August 2014. On that footing, Novo Banco was bound by the jurisdiction clause in the facility agreement. Novo Banco countered by applying to set aside service of the claim forms in both actions for want of jurisdiction, on the ground that it had not been transferred, principally because the decision of 22 December 2014 conclusively determined that that was so.

9. This is, accordingly, a case in which the fact on which jurisdiction depends is also likely to be decisive of the action itself if it proceeds. For the purpose of determining an issue about jurisdiction, the traditional test has been whether the claimant had "the better of the argument" on the facts going to jurisdiction. In *Brownlie v Four Seasons Holdings Inc* [2018] 1 WLR 192, para 7, this court reformulated the effect of that test as follows:

"... (i) that the claimant must supply a plausible evidential basis for the application of a relevant jurisdictional gateway;

(ii) that if there is an issue of fact about it, or some other reason for doubting whether it applies, the court must take a view on the material available if it can reliably do so; but (iii) the nature of the issue and the limitations of the material available at the interlocutory stage may be such that no reliable assessment can be made, in which case there is a good arguable case for the application of the gateway if there is a plausible (albeit contested) evidential basis for it."

It is common ground that the test must be satisfied on the evidence relating to the position as at the date when the proceedings were commenced.

Portuguese law

10. There is, at least for the purposes of the jurisdiction issue, a large measure of common ground about the powers of the Central Bank and the legal status of its successive decisions as a matter of Portuguese law. The decisions of 3 August and 22 December 2014 were administrative acts governed by rules of administrative law which, as in other civil law systems, are distinct from the rules which govern civil matters. It is agreed that both decisions were valid acts establishing legal

rights and obligations of third parties in accordance with their terms. It is agreed that a public authority may amend its own administrative act prospectively or interpret it with effect from the time it was made. It is agreed that a public authority may by a subsequent decision implement its own administrative act or apply it to a particular case. Finally, it is agreed that administrative acts are reviewable by the courts of Portugal, which may annul them on the ground that they were based on an erroneous factual assumption or on an error of law. But unless and until they are annulled, they remain binding and directly effective as a matter of law.

11. The parties are not agreed about the meaning of the December decision. They are, however, agreed that it took effect according to its terms from 3 August 2014 and that subject to annulment by a Portuguese court it conclusively determined as a matter of Portuguese law that the Oak liability was not transferred to Novo Banco. The appellants' case is that while the legal effect of the August decision in Portugal falls to be recognised in England, the legal effect of the December decision does not.

Recognition: the Directives

12. The rescue of failing financial institutions commonly involves measures affecting the rights of their creditors and other third parties. Depending on the law under which the rescue is being carried out, these measures may include the suspension of payments, the writing down of liabilities, moratoria on their enforcement, and transfers of assets and liabilities to other institutions. At common law measures of this kind taken under a foreign law have only limited effect on contractual liabilities governed by English law. This is because the discharge or modification of a contractual liability is treated in English law as being governed only by its proper law, so that measures taken under another law, such as that of a contracting party's domicile, are normally disregarded: *Adams v National Bank of Greece SA* [1961] AC 255. By way of exception, however, the assumption of contractual liabilities by another entity by way of universal succession may be recognised in England: *National Bank of Greece & Athens SA v Metliss* [1958] AC 509.

13. The National Bank of Greece litigation arose out of the reconstruction under Greek law of the liabilities of an insolvent Greek bank which had issued bonds governed by English law, a context very similar to that of the present appeal. As regards banks, however, the law declared in those two decisions of the House of Lords was superseded by the Credit Institutions (Reorganisation and Winding Up) Regulations (SI 2004/1045), which gave effect in English law to the Reorganisation Directive, and by the Bank Recovery and Resolution (No 2) Order (SI 2014/3348) which amended the 2004 order to reflect the changes made to the Reorganisation Directive by the EBRD.

14. The purpose of the Reorganisation Directive is apparent from its recitals. Recitals (6), (7) and (16) are in the following terms:

“(6) The administrative or judicial authorities of the home member state must have sole power to decide upon and to implement the reorganisation measures provided for in the law and practices in force in that member state. Owing to the difficulty of harmonising member states' laws and

practices, it is necessary to establish mutual recognition by the member states of the measures taken by each of them to restore to viability the credit institutions which it has authorised.

(7) It is essential to guarantee that the reorganisation measures adopted by the administrative or judicial authorities of the home member state and the measures adopted by persons or bodies appointed by those authorities to administer those reorganisation measures, including measures involving the possibility of a suspension of payments, suspension of enforcement measures or reduction of claims and any other measure which could affect third parties' existing rights, are effective in all member states.

...

(16) Equal treatment of creditors requires that the credit institution is wound up according to the principles of unity and universality, which require the administrative or judicial authorities of the home member state to have sole jurisdiction and their decisions to be recognised and to be capable of producing in all the other member states, without any formality, the effects ascribed to them by the law of the home member state, except where this Directive provides otherwise."

15. The relevant substantive provision is article 3, which provides:

"Article 3

Adoption of reorganisation measures – applicable law

1. The administrative or judicial authorities of the home member state shall alone be empowered to decide on the implementation of one or more reorganisation measures in a credit institution, including branches established in other member states.

2. The reorganisation measures shall be applied in accordance with the laws, regulations and procedures applicable in the home member state, unless otherwise provided in this Directive.

They shall be fully effective in accordance with the legislation of that member state throughout the Community without any further formalities, including as against third parties in other member states, even where the rules of the host member state applicable to them do not provide for such measures or make their implementation subject to conditions which are not fulfilled.

The reorganisation measures shall be effective throughout the Community once they become effective in the member state where they have been taken."

Article 3 governs the recognition of "reorganisation measures". Article 2, as amended by article 117(2) of the EBRD, defines these as follows:

"reorganisation measures' shall mean measures which are intended to preserve or restore the financial situation of a credit institution or an investment firm as defined in article 4(1), point

(2) of Regulation (EU) No 575/2013 and which could affect third parties' pre-existing rights, including measures involving the possibility of a suspension of payments, suspension of enforcement measures or reduction of claims; those measures include the application of the resolution tools and the exercise of resolution powers provided for in Directive 2014/59/EU."

16. Since it is not disputed that Banco de Portugal had power under Portuguese law to employ the bridge institution tool as it did, it is unnecessary to examine the detailed provisions of the EBRD

relating to the reconstruction of bank liabilities. For present purposes, the relevant provisions are those dealing with mutual recognition of the legal effects of measures taken in accordance with the “tools” and the provisions dealing with challenges to those measures in the courts of the home member state.

17. As far as mutual recognition is concerned, recital (119) recites:

“(119) Directive 2001/24/EC of the European Parliament and of the Council provides for the mutual recognition and enforcement in all member states of decisions concerning the reorganisation or winding up of institutions having branches in member states other than those in which they have their head offices. That Directive ensures that all assets and liabilities of the institution, regardless of the country in which they are situated, are dealt with in a single process in the home member state and that creditors in the host member states are treated in the same way as creditors in the home member state. In order to achieve an effective resolution, Directive 2001/24/EC should apply in the event of use of the resolution tools both when those instruments are applied to institutions and when they are applied to other entities covered by the resolution regime. Directive 2001/24/EC should therefore be amended accordingly.”

Article 66 is a supplementary recognition provision dealing with (among other things) dispositions of assets and liabilities in the course of a reorganisation of a credit institution in its home state. It provides:

“Article 66

Power to enforce crisis management measures or crisis prevention measures by other member states.

1. Member states shall ensure that, where a transfer of shares, other instruments of ownership, or assets, rights or liabilities includes assets that are located in a member state other than the state of the resolution authority or rights or liabilities under the law of a member state other than the State of the resolution authority, the transfer has effect in or under the law of that other member state.

...

3. Member states shall ensure that shareholders, creditors and third parties that are affected by the transfer of shares, other instruments of ownership, assets, rights or liabilities referred to in paragraph 1 are not entitled to prevent, challenge, or set aside the transfer under any provision of law of the member state where the assets are located or of the law governing the shares, other instruments of ownership, rights or liabilities.”

18. Turning to proceedings to challenge measures taken in accordance with the “tools”, recitals (88) and (89) of the EBRRD recite the need for the decisions of a Resolution Authority to be subject to appeal to the courts on the ground (among others) of insufficient factual basis. Recitals (90) and (91) are in the following terms:

“(90) Since this Directive aims to cover situations of extreme urgency, and since the suspension of any decision of the resolution authorities might impede the continuity of critical functions, it is necessary to provide that the lodging of any appeal should not result in automatic suspension of the

effects of the challenged decision and that the decision of the resolution authority should be immediately enforceable with a presumption that its suspension would be against the public interest.

(91) In addition, where necessary in order to protect third parties who have acquired assets, rights and liabilities of the institution under resolution in good faith by virtue of the exercise of the resolution powers by the authorities and to ensure the stability of the financial markets, a right of appeal should not affect any subsequent administrative act or transaction concluded on the basis of an annulled decision. In such cases, remedies for a wrongful decision should therefore be limited to the award of compensation for the damages suffered by the affected persons.”

The corresponding substantive provision is article 85, which provides:

“Article 85

Ex-ante judicial approval and rights to challenge decisions

1. Member states may require that a decision to take a crisis prevention measure or a crisis management measure is subject to *ex-ante* judicial approval, provided that in respect of a decision to take a crisis management measure, according to national law, the procedure relating to the application for approval and the court’s consideration are expeditious. ...

3. Member states shall ensure that all persons affected by a decision to take a crisis management measure, have the right to appeal against that decision. Member states shall ensure that the review is expeditious and that national courts use the complex economic assessments of the facts carried out by the resolution authority as a basis for their own assessment.

4. The right to appeal referred to in paragraph 3 shall be subject to the following provisions:

(a) the lodging of an appeal shall not entail any automatic suspension of the effects of the challenged decision;

(b) the decision of the resolution authority shall be immediately enforceable and it shall give rise to a rebuttable presumption that a suspension of its enforcement would be against the public interest.”

In paragraphs 3 and 4, a “crisis management measure” includes a “resolution action”: article 2(102). A “resolution action” includes “the application of a resolution tool, or the exercise of one or more resolution powers”: article 2(40). A “resolution power” refers to the powers under national law which are required in order to apply the resolution “tools”: articles 2(20) and 63.

The judgments below

19. Before Hamblen J, Novo Banco’s case was that the effect of the December decision fell to be recognised in an English court by virtue of article 66 of the EBRD. They did not rely on article 3 of the Reorganisation Directive. The judge approached the question in two stages: [2015] EWHC 2371 (Comm). He held, first, that it was sufficiently established for the purpose of jurisdiction (ie the claimants had “the better of the argument”) that Goldman Sachs held less than 2% of the share capital of BES and was not the real lender under the facility agreement. It followed that for the purpose of jurisdiction, it must be assumed that the Oak liability had been transferred to Novo

Banco by the decision of 3 August 2014, there being (on that footing) no relevant exception covering it. That being so, he considered, secondly, that Novo Banco became party to the jurisdiction clause in the facility agreement on 3 August 2014. Novo Banco was therefore bound to submit to the English court “any dispute arising out of or in connection with this Agreement”, including the dispute about the effect of the December decision. On that footing he did not need to decide what the effect of the latter decision was, nor whether it fell to be recognised under article 66 of the EBRRD. These would be matters for trial. But in case he was wrong about that, he also held that article 66 did not require the recognition of the December decision in England because, whatever else it was, the December decision was not itself a “transfer” of assets.

20. In the Court of Appeal the argument took a different turn as a result of the intervention of Banco de Portugal. Mr Howard QC, who appeared for them both in the Court of Appeal and before us, put at the forefront of his case on recognition article 3 of the Reorganisation Directive, which had received hardly any attention before Hamblen J. The significance of this is that article 3, unlike article 66 of the EBRRD, is not limited to requiring the mutual recognition of “transfers”. Mr Howard’s primary submission was, in summary, that the Directives required the recognition of the entire process of reorganisation under the EBRRD and that it was in principle wrong to consider the effect of the August decision independently of the December decision. Whatever the correct legal analysis of the December decision, an English court was bound to recognise its effect as a matter of Portuguese law, which was to determine conclusively that the Oak liability had not been transferred.

The Court of Appeal allowed the appeal, substantially on that ground: [2016] EWCA Civ 1092; [2017] 2 BCLC 277.

Application of the recognition provisions of the Directives

21. The first thing that strikes one about the appellants’ submission is its inherent implausibility. The appellants accept, indeed assert, (i) that the August decision was a “reorganisation measure” entitled to recognition in England under article 3 of the Reorganisation Directive and (ii) that it was a “transfer” for the purpose of article 66 of the EBRRD. The result of separating the August decision from the December decision and giving effect only to the former is that in the eyes of an English court Portuguese law must be treated as having transferred the Oak liability to Novo Banco although it would not be so treated in the eyes of a Portuguese court. Since the ordinary purpose of any choice of law rule is to ascertain which legal rules should be applied in the relevant foreign jurisdiction, this is a paradoxical result.

22. In assessing the appellants’ submission, the provision which is primarily relevant is article 3 of the Reorganisation Directive, as amended by the EBRRD to apply to “reorganisation measures” taken in the exercise of its various “tools”. Article 3 of the Reorganisation Directive, as its title declares, determines the applicable law to be applied to a “reorganisation measure” in England. Article 66 of the EBRRD is a more specific provision. Although its language may suggest some overlap with article 3 of the Reorganisation Directive it is, as its title declares, about enforcement. Its main purpose is to require other member states to take active steps to enforce transfers of assets or liabilities made in the course of a reorganisation in the home state and to prevent challenges to such transfers in their own jurisdictions.

23. Two points need to be made about the Reorganisation Directive, and in particular about article 3.

24. The first is that its purpose, as recital (119) of the EBRD records, is to ensure that “all assets and liabilities of the institution, regardless of the country in which they are situated, are dealt with in a single process in the home member state and that creditors in the host member states are treated in the same way as creditors in the home member state.” This can be achieved only by taking the process as a whole and applying the legal effects attaching to it under the law of the home state in every other member state. It is not consistent with either the language or the purpose of article 3 that an administrative act such as the December decision, which affects the operation of a “reorganisation measure” under the law of the home state, should have legal consequences as regards a credit institution’s debts which are recognised in the home state but not in other member states.

25. This was the basis of both of the decisions of the Court of Justice on article 3 of the Reorganisation Directive. *LBI hf v Kepler Capital Markets SA* (Case C-85/12) (Judgment delivered on 24 October 2013) arose out of proceedings in France brought by a creditor of an insolvent Icelandic bank in the course of winding up in Iceland to attach a debt owed to the bank by Kepler. One of the questions referred to the CJEU was whether article 3 applied to an automatic statutory moratorium retrospectively introduced under the transitional provisions of an Icelandic statute, given that article 3 referred only to decisions of the home state’s administrative or judicial authorities. The CJEU answered that question by reference to the purpose of the Reorganisation Directive. The Court described that purpose as follows at para 22:

“At the outset, it must be borne in mind that, as is apparent from recital 6 in its preamble, Directive 2001/24 seeks to establish mutual recognition by the member states of the measures taken by each of them to restore to viability the credit institutions which it has authorised. That objective, and that of guaranteeing equal treatment of creditors, laid down in recital 16 to that directive, require that the reorganisation and winding-up measures taken by the authorities of the home member state have, in all the other member states, the effects which the law of the home member state confers on them.”

The court went on, at para 39, to describe the Directive as establishing

“a system of mutual recognition of national reorganisation and winding-up measures, without seeking to harmonise national legislation on that subject.”

It answered the question in the affirmative, because the effect of the transitional provisions was retrospectively to treat the judicial declaration of insolvency as ordering the moratorium.

26. Similarly, in *Kotnik v Državni Zbor Republike Slovenije* (Case C-526/14) [2017] 1 CMLR 753, one of the issues concerned the application of article 3 to a decision of the Slovenian central bank reconstructing the share and loan capital of an insolvent commercial bank. After referring to its analysis of the purpose of the Reorganisation Directive in *LBI*, the Court observed, at para 105:

“That objective entails that the reorganisation measures taken by the administrative or judicial authorities of the home member state, that is, the member state in which a credit institution has been authorised, must have, in all the other member states, the effects which the law of the home member state confers on them (see, to that effect, *LBI* EU:C:2013:697 at para 22).”

27. Secondly, an administrative act such as the August decision does not occur in a legal vacuum. It occurs in the context of a broader framework of public law. Article 3 does not only give effect to “reorganisation measures” throughout the Union. It requires them to be “applied in accordance with the laws, regulations and procedures applicable in the home member state, unless otherwise provided in this Directive”, and to be “fully effective in accordance with the legislation of that member state”. In this legal scheme, it cannot make sense for the courts of another member state to give effect to a “reorganisation measure” but not to other provisions of the law of the home state affecting the operation of a “reorganisation measure”. That is so, whether or not that other provision is itself a “reorganisation measure”.

28. For these reasons I reject the proposition, which was fundamental to both the Judge’s analysis and the appellants’ case, that the effect of the August decision can be recognised without regard to the December decision. On the face of it, the December decision was not an interpretation of the August decision or an amendment of it, retrospective or otherwise. Nor was it a retransfer of a liability previously transferred to Novo Banco. It was a ruling that under the terms of article 145-H(2) of the Banking Law and paragraph (b)(i)(a) of Annexe 2 of the August decision, the Oak liability had never been transferred. But, like the courts below, I do not think that it matters what the correct analysis of the December decision is, provided that it is accepted (as it is) that as a matter of Portuguese law it is conclusive of that point unless and until annulled by a Portuguese administrative court. It follows from the agreed propositions of Portuguese law and from the requirement of article 3.2 of the Reorganisation Directive that an English court must treat the Oak liability as never having been transferred to Novo Banco. It was therefore never party to the jurisdiction clause.

29. This makes it unnecessary to consider the alternative case advanced by Banco de Portugal and Novo Banco to the effect that the December decision was itself a “reorganisation measure” or an implied retransfer of the Oak liability to BES.

A provisional decision?

30. The appellants have an alternative case that even if the December decision is otherwise entitled to recognition in England, it should be disregarded on the ground that it was a provisional decision pending the final decision of a Portuguese administrative court on the questions whether Goldman Sachs was the true lender or a 2% shareholder in BES. The argument is that an English court should look to what the Portuguese administrative court would decide about those questions and not what the Central Bank has actually decided. Mr Rabinowitz QC, who appeared for Guardians of New Zealand Superannuation Fund and others, submitted that the Judge’s finding

that the appellants had the better of the argument on those questions meant that we must assume that a Portuguese administrative court would decide them in the appellants' favour.

31. The first point to be made is that the December decision was not in terms a provisional decision. The Judge thought that Banco de Portugal had not "stated or purported to find that the Oak liability is an Excluded Liability". He considered that the December decision "simply asserted that there are 'serious and well-grounded reasons' so to conclude, while recognising that that was ultimately a matter for a court of law to determine." I respectfully disagree. He was referring to the recitals and not to the operative part of the decision. The minutes recited the Central Bank's reasons for the decision, which were based on its current view of the facts. But the operative section determined that the Oak liability "was not transferred to Novo Banco" and directed that the accounting records of Novo Banco should be restated accordingly. It follows that the Appellants' submission must be based on the mere fact that like any other administrative decision it was subject to review by a Portuguese administrative court.

32. The appellants' submission to this effect is based on the decision of the Court of Appeal in *Guaranty Trust of New York v Hannay & Co* [1918] 2 KB 623. The question at issue in this case was whether as a matter of New York law a particular bill of exchange was conditional. In previous proceedings on the same issue between the same parties a New York judge had held on demurrer that it was. Bailhache J and the Court of Appeal held that it was not. The ground of the decision was that the judgment was no more than evidence of New York law, and expert evidence put before the English courts showed it to be mistaken. The point was put with characteristic clarity by Scrutton LJ at p 667:

"Foreign law is a question of fact to an English Court; the judgment of a foreign judge is not binding on an English Court, but is the opinion of an expert on the fact, to be treated with respect, but not necessarily conclusive."

33. In my opinion, this decision has no bearing on the present appeal. The issue in *Guaranty Trust* was not about the legal status of the New York judgment as a matter of New York law. The question was what the relevant rule of New York law was. That was a question of fact. In the present case, there is no issue about either the relevant content of Portuguese law or the status of the December decision, because it is agreed that as a matter of Portuguese law it determines creditors' rights. The present issue is quite different, namely whether that decision is to be recognised as affecting rights under an English law contract. That is not a question of fact, but a question of private international law. True it is that the December decision was based on a factual premise which is being challenged in Portugal. But it does not matter for present purposes whether its factual premise was right or wrong. It is binding in Portuguese law in either case, unless and until it is set aside by a Portuguese court.

34. No other conclusion would, as it seems to me, be consistent with the Directives. In the first place, it is not for an English court to decide what would amount to an appeal from an administrative act of the Portuguese Central Bank. Article 3(1) of the Reorganisation Directive provides that the implementation of a reorganisation measure such as the August decision is a matter for the administrative or judicial authorities of the home state alone. Consistently with that

approach, article 85 of the EBRRD assigns appeals to the courts of the home state responsible for the reorganisation. Secondly, article 85(4) provides that an appeal is not to entail any automatic suspension of the challenged decision. This is because a banking reconstruction under the EBRRD requires decisive steps to be taken, often as a matter of urgency, which the authorities in other member states can act on. The scheme of the Directives would be undermined if the acts of a designated national Resolution Authority were open to challenge in every other member state simply because they were open to challenge in the home state.

Reference to the Court of Justice of the European Union

35. The relevant propositions of EU law are to my mind beyond serious argument. The decisive questions are questions of Portuguese domestic law, on which the parties are agreed. There is therefore no proper basis for a reference.

Disposal

36. I would dismiss the appeal.

