

06

CADERNOS  
JURÍDICOS



BANCO DE  
PORTUGAL  
EUROSISTEMA



# 6

## CADERNOS JURÍDICOS

DEZEMBRO 2022

As opiniões expressas na presente publicação 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).

Endereçar correspondência para:  
Banco de Portugal, Departamento de Serviços Jurídicos,  
Rua do Comércio 148, 1100-150 Lisboa, Portugal  
T +351 213 130 000 | [cadernosjuridicos@bportugal.pt](mailto:cadernosjuridicos@bportugal.pt)



**BANCO DE PORTUGAL**  
EUROSISTEMA

Lisboa, 2022 • [www.bportugal.pt](http://www.bportugal.pt)



# Índice

Nota de abertura | 5

**1** Notificação para apresentação de defesa e indicação dos meios de prova (Artigo 219.º-A, n.º 1, do RGICSF): Parecer | 7

Jorge Figueiredo Dias e Nuno Brandão

**2** Embedding resolution planning in a bank's corporate governance and internal control systems | 16

João Pedro Castro Mendes

**3** Segredo do Banco de Portugal, dever de colaboração e acesso à informação | 34

Joana Amaral Rodrigues e Diogo Calado

**4** O reconhecimento do Sistema Europeu de Bancos Centrais enquanto “construção jurídica especial” na jurisprudência do TJUE (caso C-316/19) e a sua eventual relevância para o enquadramento em IVA das operações efetuadas entre os bancos centrais nacionais no domínio da produção e emissão de notas de euro | 51

Susana Rodrigues Cruz



# Nota de abertura

É com grande satisfação que apresentamos a sexta edição dos *Cadernos Jurídicos do Banco de Portugal*.

O presente número é composto por um parecer jurídico, dois artigos e uma anotação de jurisprudência europeia, contribuindo para a análise e debate em torno de questões emergentes da aplicação do Direito em matérias referentes às atribuições do Banco de Portugal.

Considera-se que os textos ora publicados integram valiosas contribuições, entre elas, o parecer jurídico elaborado, em coautoria, pelo Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e pelo Professor Doutor Nuno Brandão, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que aborda o tema da validade das comunicações efetuadas pelo Banco de Portugal no contexto dos processos contraordenacionais relativos a infrações previstas no Regime Geral das instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. Em particular, perante a respetiva invocação de ilegalidade, é analisado o conteúdo do dever de notificação para apresentação de defesa e indicação dos meios de prova, conforme previsto no artigo 219.º-A, n.º 1, do referido diploma legal.

Seguidamente, o artigo *Embedding resolution planning in a bank's corporate governance and internal control systems*, da autoria do Dr. João Pedro Mendes, que desempenha funções no Conselho Único de Resolução, destaca medidas através das quais as instituições de crédito podem reforçar a integração do planeamento de resolução nos respetivos sistemas de governo e de controlo interno, com o propósito de promover a resolubilidade de instituições de crédito e grupos. O artigo apresenta ainda uma proposta de lista de elementos que pode ser utilizada pelos bancos para o efeito de realizar um exercício de autoavaliação a este respeito.

Segue-se o artigo elaborado pela Doutora Joana Amaral Rodrigues e pelo Dr. Diogo Calado, ambos do Departamento de Serviços Jurídicos do Banco de Portugal, que expõe os traços que caracterizam o regime aplicável ao dever de segredo do Banco de Portugal, debruçando-se especificamente sobre a respetiva articulação com o direito de acesso a informação e a documentos administrativos, conforme consagrado nos diplomas legais aplicáveis, v.g., o Regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos (“LADA”) e o Código do Procedimento Administrativo.

O presente número encerra com o comentário, da autoria da Dra. Susana Rodrigues Cruz, ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no âmbito do processo C-316/19, que incidiu sobre a situação litigiosa que envolveu a busca e apreensão de documentação e suportes eletrónicos de dados nas instalações do Banco Central da Eslovénia. Em concreto, a análise da Autora incide sobre o

reconhecimento que é feito pelo Tribunal, no contexto de tal decisão, da especialidade na construção jurídica do Sistema Europeu de Bancos Centrais, e também do Eurosistema, face aos bancos centrais nacionais que o integram, debruçando-se sobre as possíveis implicações deste reconhecimento em sede de estatuto e de tratamento de tais entidades no que se refere ao Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA).

Estamos convictos de que as contribuições presentes neste número evidenciam a crescente importância dos *Cadernos Jurídicos*, na senda de se assumir como uma publicação de referência nesta área. Ambicionamos, pois, que os textos publicados contribuam para a divulgação do conhecimento e incentivem a produção de estudos jurídicos, captando o interesse dos seus destinatários, a quem convidamos a uma agradável e profícua leitura.

**Luís Máximo dos Santos**

Vice-Governador do Banco de Portugal

# 1 Notificação para apresentação de defesa e indicação dos meios de prova (Artigo 219.º-A, n.º 1, do RGICSF): Parecer

Jorge de Figueiredo Dias<sup>1</sup>

Nuno Brandão<sup>2</sup>

## **Abstract**

*In the context of administrative sanctioning proceedings, where it finds that there is sufficient evidence that the suspect has committed an administrative offence, Banco de Portugal must notify the person concerned of the facts established and of the corresponding infringement so that the person can exercise the right to be heard and the right to defence.*

*This opinion addresses the question of whether the notification should also list the evidence on which the accusation is based and concludes that it should not.*

## CONSULTA

Nos processos contraordenacionais relativos a infrações previstas no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, após proceder à notificação a que se refere o art. 219.º-A, n.º 1, desse Regime, sem fazer menção às provas em que se baseiam os factos dados como indiciados, o Banco de Portugal vem sendo confrontado com a alegação de que tal comunicação padece de invalidade, seja por violar o disposto naquela norma legal, seja por comprometer o direito de defesa do arguido por ela visado.

Em face desta frequente alegação, solicita-nos o Banco de Portugal parecer sobre a mesma, colocando-nos a seguinte questão: na notificação prevista no art. 219.º-A, n.º 1, do RGICSF, está o Banco de Portugal legal ou constitucionalmente obrigado a indicar as provas que sustentam os factos que aí dá como suficientemente indiciados?

<sup>1</sup> Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>2</sup> Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

# PARECER

## 1 Enquadramento do problema

A matéria objeto da Consulta diz respeito a um ato processual, a comunicação a que se refere o art. 219.º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), que tem lugar nos processos relativos a ilícitos de mera ordenação social da competência do Banco de Portugal. Nessa medida, deve ser enfrentada e tratada no quadro normativo que lhe é próprio, o do direito processual contraordenacional, um ramo normativo de um direito sancionatório que detém autonomia formal e material, designadamente perante o direito penal<sup>3</sup>.

O processamento contraordenacional previsto no RGICSF dá cumprimento aos interesses supraindividuais de realização da justiça (contraordenacional) e de realização da função de supervisão. Interesses que, pela sua magna importância social e económica<sup>4</sup>, reclamam, neste domínio processual sancionatório, uma regulação bem precisa do rito procedimental a seguir pela autoridade de supervisão e das obrigações processuais a que esta se encontra vinculada. Esta necessidade de clara determinação das regras aplicáveis ao desenvolvimento do processo e à prática dos atos processuais que nele hão de realizar-se é, de igual modo, de crucial importância para os particulares que nele sejam visados. Para que possam organizar e exercer uma defesa efetiva, as pessoas alvo do processo deverão saber de antemão aquilo com que nele poderão contar.

A tutela destes díspares e muitas vezes conflitantes interesses, titulados pelo Estado e pelos particulares, é assegurada pelo **princípio da legalidade do processo**. Por força deste princípio, a validade dos procedimentos adotados e dos atos processuais praticados ao longo do processo deverá, *prima facie*, aferir-se à luz das normas legais aplicáveis a esse processo.

## 2 Perspetiva legal

Como é sabido, as **invalidades de atos processuais** correspondem a imperfeições fundadas em divergências, de natureza formal, substancial ou temporal, entre esses atos e o modelo legal abstratamente definido para a sua materialização. Deste modo, em ordem a avaliar se a comunicação das infrações que se prevê no art. 219.º-A/1/2 do RGICSF feita pelo Banco de Portugal a um arguido, depois de concluída a instrução do processo, é ou não válida, torna-se necessário apurar se as exigências que nessas normas são estabelecidas se encontram ou não satisfeitas. Exigências essas que deverão ser definidas tendo em conta o **texto** de tais normas e a **teleologia** que o anima, a qual, por sua vez, é indissociável do lugar que o ato processual em questão ocupa no procedimento contraordenacional em apreço e a função que nele desempenha.

<sup>3</sup> Nesta conclusão, embora com fundamentações diferentes, Jorge de Figueiredo Dias (com a colaboração de Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa/Nuno Brandão/Sónia Fidalgo), *Direito Penal. Parte Geral*, 1, 3.ª ed., Gestlegal, 2019, 7.º Cap., § 2 e ss., e Nuno Brandão, *Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Editora, 2016, p. 939 e ss.

<sup>4</sup> Nuno Brandão, "Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2014, p. 38 e ss.

Para o que aqui imediatamente releva, o artigo 219.º-A dita o seguinte:

“Artigo 219.º-A

Imputação das infrações e defesa

1. Reunidos indícios suficientes da verificação da contraordenação e de quem foram os seus agentes, o arguido e, quando existir, o seu defensor, são notificados para, querendo, apresentar defesa por escrito e oferecer meios de prova, sendo, para o efeito, fixado pelo Banco de Portugal um prazo entre 10 e 30 dias úteis.
2. O ato processual que imputar ao arguido a prática de uma contraordenação **indica**, obrigatoriamente, **o infrator, os factos que lhe são imputados**, as respetivas circunstâncias de tempo e de lugar, bem como **a lei** que os proíbe e pune.

(...)”.

Estas normas, aditadas ao RGICSF pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, impõem ao Banco de Portugal que, no decurso do processo de contraordenação, uma vez recolhidos indícios suficientes da prática de uma infração, notifique o agente de tal contraordenação dessa conclusão, para que este possa, querendo, pronunciar-se sobre a imputação que lhe tiver sido dirigida e apresentar provas em sua defesa. Estão em causa, portanto, como é bom de ver, o **direito de audiência** e o **direito à prova** que ao arguido devem ser assegurados em processo contraordenacional, ambos com reconhecimento, expresso ou implícito, no art. 32.º, n.º 10, da CRP.

Em rigor, nem neste art. 219.º-A nem em qualquer outro preceito o RGICSF se refere a uma **acusação**. Não obstante, a comunicação que aí se prevê desempenha as funções típicas de uma acusação: cristaliza a factualidade imputada ao arguido pela entidade responsável pelo processamento (função delimitativa) e informa-o dos factos que lhe são concretamente imputados (função informativa)<sup>5</sup>. Em ordem a facultar a **efetivação do direito de audiência**, neste ato processual em que ao arguido seja imputada a prática de uma contraordenação — ou, se assim se lhe preferir chamar, nesta acusação — são obrigatoriamente indicados o infrator, os factos que lhe são imputados, as respetivas circunstâncias de tempo e de lugar, bem como a lei que os proíbe e pune (art. 219.º-A, n.º 2, do RGICSF). E é só.

A **lei não exige uma indicação dos meios de prova** que fundam a imputação. E muito menos exige naturalmente, *et pour cause*, uma descrição organizada dos meios de prova, nomeadamente, sob a forma de um índice descritivo dessa prova ou uma explicitação de um exame crítico das provas que as articule com cada um dos factos tidos por suficientemente indiciados. Esta é, na verdade, uma interpretação a favor da qual convergem todos os tópicos hermeneuticamente significativos.

- a) O primeiro dado que depõe a favor desta leitura é a própria **letra da lei**. O art. 219.º-A do RGICSF não faz menção alguma aos meios de prova. Ora, este preceito foi aditado ao RGICSF no ano 2014, pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, num momento, portanto, em que já era

<sup>5</sup> Cf. Hartmut Schneider, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, 8.ª ed., 2019, C. H. Beck, StPO § 200, nm.1, e João Conde Correia, *Questões Práticas Relativas ao Arquivamento e à Acusação e à sua Impugnação*, Publicações Universidade Católica, 2007, p. 103.

conhecida a discussão jurisprudencial<sup>6</sup> e doutrinal<sup>7</sup> em torno deste problema. Estando por certo a par desta controvérsia, tivesse o legislador querido impor uma comunicação dos meios de prova não teria deixado de levar tal exigência à letra do preceito.

- b) Esta eventual imposição de especificação dos meios de prova é não só silenciada pelo art. 219.º-A do RGICSF, como igualmente desconhecida do Regime Geral das Contraordenações, que, no seu art. 50.º, impõe somente que se assegure ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contraordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre.

A este propósito, não deixa de ser significativa a lição oferecida, para além da lei positiva, pela experiência jurídica doutrinal e jurisprudencial, tanto nacional como comparada.

Resumidamente, a exigência da referência às **provas** em sede de notificação não encontra eco nem do lado dos autores<sup>8</sup> nem do lado dos tribunais<sup>9</sup> que, a diferentes títulos, se têm visto confrontados com a problemática da notificação em exame na perspetiva do art. 50º do RGCO. E que invariavelmente se atêm à referência aos **factos**, à **qualificação jurídica** e às **sanções**. Tal vale mesmo e paradigmaticamente para o “Assento” n.º 1/2003, que, de forma cuidada e contida, omite a referência às **provas**, bastando-se com a exigência de que sejam fornecidos ao arguido “todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspetos relevantes para a decisão, nas matérias de **facto e de direito**”.

Na mesma linha e do lado da jurisprudência constitucional, sustenta-se: “O direito de ‘audiência prévia’ concretiza-se mediante a transmissão ao arguido, pela autoridade administrativa, dos **factos** que lhe são imputados e a **qualificação jurídica** contraordenacional que deles é extraída, e a abertura da possibilidade de sobre esses dados o arguido emitir uma declaração processualmente relevante, eventualmente contrária ou simplesmente não coincidente com a versão dos factos apresentada pela autoridade administrativa, ou diversa quanto à moldura sancionatória, acompanhada da faculdade de efetivação da prova correspondente”<sup>10</sup>.

Impressiva e heurísticamente fecunda, no mesmo sentido, é a lição do **direito comparado**, em especial a oferecida pela experiência alemã. A qual assume um destaque merecido, tendo em conta a conhecida influência direta que tanto a lei como a doutrina germânicas exerceram e continuam a exercer sobre a experiência contraordenacional nacional. Recordar-se a propósito que o preceito homólogo ao artigo 50º do RGCO português, o § 55.1 da *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, remete neste contexto para os preceitos correspondentes da lei processual penal (concretamente para o § 163 a) da StPO), com uma

<sup>6</sup> Ac. do TC n.º 537/2011.

<sup>7</sup> Frederico de Lacerda da Costa Pinto, “Direito de audiência e direito de defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2013, p. 63 e ss.

<sup>8</sup> Do lado da doutrina, cf. António de Oliveira Mendes/José dos Santos Cabral, *Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações*, 3.ª ed., Almedina, 2009, p. 15 e ss, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2011, Art. 50.º, n.º m. 4, e sobretudo Frederico Costa Pinto, “Direito de audiência e direito de defesa...”, p. 94 e ss.

<sup>9</sup> Pela jurisprudência, cf. o Ac. do TC n.º 537/2011 e o Ac. TRL de 09-04-2019 (Proc. 249/17.YUSTR-L1).

<sup>10</sup> Ac. do TC n.º 442/2003.

ressalva expressa: “com a limitação de que basta que seja dada ao arguido a oportunidade de se pronunciar sobre a *Beschuldung*”<sup>11</sup>, isto é, sobre os factos imputados e respetiva qualificação ou valoração jurídica.

Em suma, a lei silencia em absoluto a exigência da comunicação das provas. O que, de resto, sugere a ideia de que, longe de ser fortuito ou casual, este silêncio obedece a uma indisfarçável intencionalidade normativa.

- c) Neste sentido, importa ainda notar um dado mais, de inegável significado heurístico para a exegese dos requisitos normativos a que a notificação para o exercício do direito de audiência obedece.

Referimo-nos ao contraste comparativo dos artigos 219.º-A do RGICSF e 50.º do RGCO com as normas legais que definem o conteúdo obrigatório da decisão a tomar no encerramento da fase administrativa do processo contraordenacional, por ser neste contexto bem elucidativo do conteúdo daquela comunicação. Ao contrário do que se vê estabelecido naqueles preceitos, os artigos 222.º do RGICSF e 58.º do RGCO, aplicáveis à decisão final, impõem, eles sim, uma “indicação dos elementos de prova que fundaram a decisão” (art. 222.º, n.º 1, al. c), do RGICSF) e uma “indicação das provas obtidas” (art. 58.º, n.º 1, al. b), do RGCO). O que só pode querer significar, numa compreensão complexiva do regime normativo aqui aplicável, que não há uma imposição legal de indicação da prova no ato processual dirigido ao arguido para lhe facultar o exercício do direito de audiência no decurso da fase administrativa.

Ideia que vai ao encontro da teleologia própria dos atos processuais ora em confronto.

Estando já em causa uma decisão condenatória, e não ainda apenas uma primeira e provisória imputação, deparamos com uma última intervenção, verdadeiramente autónoma e conformadora, da Administração. Decisão que se projeta direta e coercivamente sobre o arguido, impondo-lhe uma compressão dos seus direitos e liberdades. Neste contexto, só declinando expressamente os meios de prova sobre que assenta a condenação se podem esconjurar os fantasmas — ainda particularmente vivos na memória coletiva ao tempo da emergência do direito das contraordenações — da *arcana praxis*, da irracionalidade e do arbítrio. E obviar ao perigo da desconfiança. Pela positiva, só por esta via se pode fundadamente aspirar a alcançar condenações comunitária e intersubjetivamente suportáveis.

Este é, porém, um regime — o dos artigos 222.º do RGICSF e 58.º do RGCO, com imposição legal da menção das provas — que nada legitima a transpor, sem mais, para a notificação imposta pelos artigos 219.º-A do RGICSF e 50.º do RGCO. É que a imputação contraordenacional que neles vai envolvida tem caráter meramente preliminar e é, por definição, provisória, dela não resultando, ao contrário do que poderá suceder em caso de condenação, qualquer menoscabo material para a esfera pessoal da pessoa visada.

- d) Mais ainda, bem se compreende que, aquando do cumprimento do ato a que se refere o artigo 219.º-A do RGICSF, não haja aí uma imposição legal de tal indicação da prova.

<sup>11</sup> Cf., por todos, Hans-Joachim Lutz, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5.ª ed., C. H. Beck, 2018, § 55.

Na lógica do processo contraordenacional, essa notificação, a que se referem os arts. 50.º do RGCO e 219.º-A do RGICSF, não visa — ao contrário, por exemplo, da acusação prevista no art. 283.º do CPP — submeter a imputação ao conhecimento e decisão de outra entidade, pelo que não envolve uma necessidade de especificação da prova a examinar e/ou produzir para que tal imputação proceda.

- e) O que ora vai dito não envolve qualquer desconsideração ou menorização da importância do conhecimento das provas como arma decisiva a emprestar consistência e efetividade ao direito de defesa. É que a prestação de informação sobre os meios de prova não configura a única — e aos olhos do legislador contraordenacional nem sequer a mais indicada — instância de mediação ou de acesso ao conhecimento das provas. Este pode perfeitamente alcançar-se por outras vias, nomeadamente, através da **consulta do processo**, via aberta ao arguido a partir do momento em que é notificado para exercer o seu direito de defesa.

Assim, a natural necessidade de conhecimento pelo arguido da prova que está por trás da imputação, em ordem a que possa exercer cabalmente os seus direitos de audiência e de defesa, é plenamente satisfeita pela possibilidade de acesso aos meios de prova propriamente ditos. O que lhe é garantido pelo artigo 214.º-A, n.º 2, al. b), do RGICSF: “A partir do momento em que é notificado para exercer o seu direito de defesa, o arguido pode: b) Consultar os autos e obter cópias, extratos e certidões de quaisquer partes deles”.

### 3 Perspetiva constitucional

Postas e vistas assim as coisas, bem se percebe ainda o bom fundamento da posição largamente dominante na doutrina<sup>12</sup> e na jurisprudência<sup>13</sup> no sentido de que uma interpretação do art. 50.º do RGCO — e aqui, também, do art. 219.º-A do RGICSF — **conforme ao art. 32.º, n.º 10, da CRP** não exige a indicação ao arguido dos meios de prova que fundam a imputação de que é alvo aquando da notificação que lhe é dirigida para o exercício do direito de audiência.

Será de convir que não existe uma qualquer predeterminação constitucional sobre os termos em que, durante a fase administrativa do processo contraordenacional, devem ser legalmente garantidos os direitos de audiência e de defesa consagrados pelo n.º 10 do art. 32.º da Constituição. Ideia que, de há muito, é insistentemente proclamada pelo Tribunal Constitucional, mesmo quando esteja em causa o processamento de grandes contraordenações<sup>14</sup>, ao reconhecer ao legislador ordinário a legitimidade para modelar ou conformar livremente — “não existe espartilho constitucional”, refere-se por vezes<sup>15</sup> — as figuras e institutos do processo contra-ordenacional, mesmo quando elas cumprem funções equivalentes às das figuras homólogas do processo penal ou circulam sob a mesma terminologia. O que vale sobremaneira

<sup>12</sup> Por todos, Frederico Costa Pinto, “Direito de audição e direito de defesa...”, pp. 106 e ss. e 110 e ss.

<sup>13</sup> *Vd.* os já mencionados Acs. do TC n.º 537/2011 e do TRL de 09-04-2019 (Proc. 249/17.YUSTR-L1).

<sup>14</sup> Paradigmático, o Ac. do TC n.º 461/2011.

<sup>15</sup> *Cf.*, por exemplo, Ac. do TC n.º 278/99.

para os direitos ou garantias reconhecidos aos arguidos, que não podem resultar da transposição direta e automática do processo criminal.

Parece-nos até que poderá “admitir-se a existência de uma propensão constitucional no sentido de uma tendencial inaplicabilidade ao processo contraordenacional de princípios processuais penais com relevo constitucional”<sup>16</sup>. Isso implicará que nem todos estes princípios que possam considerar-se poupados pelos efeitos típicos da administrativização do processo tenham necessariamente de valer no processo de mera ordenação social e ainda que mesmo aqueles que devam considerar-se aplicáveis não se projetam nele com a mesma amplitude e intensidade que caracteriza a sua vigência no âmbito penal, estando nessa medida mais expostos a limitações superiores àquelas que seriam admissíveis em processo penal<sup>17</sup>. Na síntese do nosso Tribunal Constitucional, nesta última vertente, estarão aí em causa “princípios comuns que o legislador contraordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matéria de processo penal”<sup>18</sup>.

Neste quadro, não se vê de que modo poderá o direito à defesa garantido constitucionalmente ao arguido em processo contraordenacional ser levado ao ponto de exigir à Administração que lhe comunique os meios de prova que sustentam a imputação que lhe dirige quando o notifique para exercer o seu direito de audiência. Pois se uma tal exigência é estranha à lógica interna do processo contraordenacional e a garantia do direito de defesa é suficiente e cabalmente assegurada pelo livre acesso ao processo de que o arguido passa a dispor a partir do momento em que é formalmente confrontado com a imputação da contraordenação<sup>19</sup>, não há razão constitucional que imponha uma enunciação das provas em que essa imputação se fundamenta no momento em que é dada a conhecer ao visado.

Deverá, enfim, concordar-se com o Tribunal Constitucional quando, a este preciso propósito, conclui que “qualquer conteúdo normativo no sentido de estipular a obrigatoriedade de, aquando da notificação ao arguido nos termos do artigo 50.º do RGCO, a autoridade administrativa dever proceder à enunciação/identificação dos concretos elementos de prova nos quais se alicerça o juízo de indiciação dos factos, não resulta dos parâmetros constitucionais aplicáveis, designadamente dos convocados artigos 32.º n.º10 e 267.º n.º5 da Constituição da República Portuguesa”<sup>20</sup>.

## 4 Perspetiva convencional

O percurso até a este ponto trilhado demonstra que não há razão alguma, de ordem legal ou constitucional, que permita censurar e invalidar uma comunicação feita ao abrigo do disposto

<sup>16</sup> Nuno Brandão, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 879. A consideração, nesta mesma obra, p. 882 e s., de que os princípios da Constituição penal especificamente dirigidos à proteção das pessoas contra o poder punitivo do Estado deverão valer como um mínimo basilar de garantias fundamentais também do direito contraordenacional circunscreve-se ao domínio substantivo, não visando abranger o plano processual.

<sup>17</sup> Nestes precisos termos, Nuno Brandão, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 879 e s. E já antes, na direção desta autonomia, logo Jorge de Figueiredo Dias, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 334 e ss.

<sup>18</sup> Ac. do TC n.º 467/1997.

<sup>19</sup> Nesta direção, igualmente Frederico Costa Pinto, “Direito de audição e direito de defesa...”, p. 113 e s.

<sup>20</sup> Ac. do TC n.º 537/2011.

no art. 219.º-A do RGICSF que não inclua uma especificação dos meios de prova em que assentou a imputação.

A irrepreensibilidade de uma tal conduta processual do Banco de Portugal na perspetiva do cumprimento e respeito pelos direitos de audiência e de defesa dos arguidos deverá ser igualmente reconhecida no plano convencional, designadamente, à luz do **direito a um processo equitativo** plasmado no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Para este efeito, cumpre tomar em consideração o parâmetro convencional desenvolvido pelo TEDH para apreciar eventuais inobservâncias dos ditames inerentes ao direito a um *fair trial*. Na aferição do cumprimento do direito a uma *fair hearing*, previsto no n.º 1 do art. 6.º da CEDH, o TEDH tem sistematicamente preconizado uma abordagem ao processo numa perspetiva global, considerando-o em toda a sua amplitude<sup>21</sup>. Este critério do *proceedings as a whole*<sup>22</sup> implica então, via de regra, que a apreciação da *fairness* do processo seja feita não ato a ato, mas de forma conjunta<sup>23</sup>. Nessa medida, pontuais desconformidades do procedimento em relação ao regime normativo aplicável estão longe de ter necessariamente de implicar uma conclusão no sentido de que o processo não foi equitativo. Só excepcionalmente, quando o desvio ao procedimento devido é de tal modo grave que mancha indelevelmente a *fairness* do processo, se admite prescindir daquele método holístico da avaliação conjunta<sup>24</sup>.

Sob este prisma da apreciação global do processo, não há motivo para considerar que um procedimento contraordenacional que não conte, aquando da primeira imputação que é realizada pelo Banco de Portugal, com uma enunciação das provas em que se baseou fica sem mais exposto ao risco de uma censura por falta de *fairness*. É que depois desse ato processual e até à prolação da decisão final na fase administrativa do processo, o arguido terá direito a consultar o processo, a obter cópia integral do mesmo, a contraditar as provas que apontam na direção da sua responsabilização e a apresentar provas em sua defesa que sustentem a sua versão dos factos e/ou que infirmem ou ponham em causa as provas que lhe são desfavoráveis.

## 5 Conclusões

1. Não existe qualquer norma legal que estabeleça para o ato a que se refere o art. 219.º-A do RGICSF a obrigatoriedade de comunicação dos meios de prova que foram tidos em conta para formar a imputação.
2. Donde, por maioria de razão, também não resulta da lei a obrigatoriedade de disponibilização ao arguido de uma descrição organizada, sob a forma de índice, dos meios de prova ou, muito menos ainda, de enunciação de um exame crítico da prova que conduziu a que se dessem como indiciados os factos levados à imputação prevista no art. 219.º-A do RGICSF.

<sup>21</sup> Assim, Council of Europe/European Court of Human Rights, "Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)", 2., p. 7 7 ([https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf)): "the Court's primary concern is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings. Compliance with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole, and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident".

<sup>22</sup> Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4.ª ed., Intersentia, 2006, p. 578 e ss.

<sup>23</sup> Cf., v. g., entre tantos outros, os casos *Barberà, Messegué e Jabardo vs. Espanha* (Ac. da Grande Chambre de 06-12-1988), n.º 68, e *Kostovski vs. Países Baixos* (Ac. da Grande Chambre de 20-11-1989), n.º 39.

<sup>24</sup> Council of Europe/European Court of Human Rights, "Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)", 2., p. 7.

3. Consequentemente, não pode qualificar-se como inválido, sc. nulo, um ato processual praticado pelo Banco de Portugal em cumprimento, precisamente, do disposto naquele art. 219.º-A do RGICSF que não faça menção às provas que estão na base da imputação que, durante a fase administrativa do processo contraordenacional, é comunicada ao arguido para que exerça os seus direitos de audiência e à prova.
4. Uma tal comunicação das provas, além de não ser exigida pela lei, não é reclamada constitucionalmente pelo art. 32.º, n.º 10, da CRP nem é condição para que o processo contraordenacional possa ser considerado um processo equitativo à luz do art. 6.º, n.º 1, da CEDH.

É este, s. m. j., o nosso parecer.

Coimbra, setembro de 2020

**Jorge de Figueiredo Dias**

(Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

**Nuno Brandão**

(Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

# 2 Embedding resolution planning in a bank's corporate governance and internal control systems

João Pedro Castro Mendes<sup>25</sup>

## Resumo

O regime de resolução europeu estabelece que as autoridades preparam os planos de resolução. Ainda assim, é imperativo que os bancos não sejam apenas fábricas de reportes passivas. Os bancos devem pensar de forma estratégica sobre a promoção da sua própria resolubilidade, e cooperar de forma proativa com as autoridades de resolução. Para atingir este objetivo, é essencial que os bancos disponham de um sistema robusto de governo e de controlo interno relativo ao planeamento de uma resolução. Este artigo apresenta uma visão panorâmica sobre questões que os bancos da União Europeia podem ter em conta ao integrar o planeamento de uma resolução nos seus sistemas de governo e de controlo interno. O artigo inclui ainda, em anexo, uma *checklist* que os bancos podem utilizar para autoavaliar os seus sistemas de governo e de control interno relacionados com o planeamento de uma resolução.

## 1 Introduction

Due to the structure of the financial system and its links to the wider economy, a bank's failure can cause significant social and economic disruption. Liquidation under normal insolvency proceedings may not adequately safeguard risks to financial stability, critical economic functions, taxpayers' money, the interests of covered depositors and investors, or client funds or assets. For this reason, resolution regimes have been put in place, to protect the public interest.

The financial system, the wider economy and society as a whole benefit from banks being easily resolvable, as do clients and other external stakeholders. For the bank itself, however, ensuring resolvability means incurring in sometimes very relevant costs. There may be a temptation, therefore, for banks to approach compliance with resolvability standards as an exercise in minimising regulatory costs. Banks should resist this temptation. Banks have a responsibility towards society as a whole to conduct themselves in a manner consistent with the goals established under the resolution regime. Banks that do not adequately manage their own resolvability risk place financial stability, critical economic functions and their clients' interests at risk, in case of bank failure.

<sup>25</sup> Legal advisor at Banco de Portugal's Legal Department. Currently a seconded national expert at the Single Resolution Board. This paper should not be reported as representing the views of Banco de Portugal or the SRB. The views and opinions expressed in this paper are those of the author and do not necessarily reflect the position of Banco de Portugal or the SRB. Banco de Portugal or the SRB cannot be held liable for the content of this paper and this paper does not represent a statement of official Banco de Portugal or SRB policy, methodology or position on matters addressed therein. Nor can this paper be understood as anticipating or pre-empting these.

A good governance framework for resolution will help the bank come up with the most cost-effective ways of preventing potential impediments to resolution, or to remove them. Banks that have strong governance arrangements for resolution are also in a better position to engage with resolution authorities. Adequate resolution risk assessment and mitigation should therefore rank high in a bank's priorities, in particular for systemically important institutions. This requires a strong internal resolution governance framework and internal control system.

In the European Union, the BRRD and the SRMR call for resolution authorities to prepare resolution plans, and they may call on institutions to assist them in this task. Indeed, banks are in a uniquely suitable position to promote their own resolvability:

- They are in the best position to know their own business model, corporate structure and commercial strategy, including revenue and cost sources;
- They are in the best position to know their own risk drivers and potential risks, including potential or existing impediments to resolution;
- They produce bank-specific information that is key for resolution planning purposes.

If banks think strategically and proactively about promoting their own resolvability, and cooperate with resolution authorities, resolution planning will become much easier and more efficient (as will actually conducting a resolution, if necessary). This, in turn, will also make it easier and more efficient to achieve the goals of the resolution regime: preserving financial stability and critical economic functions, and protecting the interests of covered depositors and investors, clients, and taxpayers.

This paper provides an overview of how banks can embed resolution planning into their internal governance structures, internal control systems and organisational framework. As an annex, a sample self-assessment checklist on these topics is provided.

## 2 General overview

Governance frameworks exist to distribute decision-making power within an organisation. Sound governance frameworks promote well-reasoned and well thought out decisions through a clear allocation of responsibility, robust internal debate, transparency and accountability. They also promote the identification and management of potential deficiencies and improvement opportunities. Undertakings that operate in regulated markets have to comply with applicable regulation and engage productively with regulatory authorities, to safeguard the wider social interests that regulatory authorities are charged with protecting. Banks' governance frameworks should facilitate both these goals.

The following principles are an attempt to summarise the key tenets of a sound governance and internal control framework in a regulated market, which are also applicable for resolution planning purposes:

- **Sound corporate culture:** A bank's culture should align with achieving applicable regulatory goals. Banks should embed achieving these goals in their culture and strategy. The bank's Board and senior management should set the tone, which should trickle down through middle management and staff across the bank should echo the tone set by the bank's management. Acting in accordance with regulatory goals should be the standard conduct

pattern within the bank, so the bank minimises the potential social costs of its activities in case of failure.

- **Right person/people for the job:** Banks should choose the right person for each job, based on adequate selection and recruitment procedures, focusing on the specific needs of the bank. For collegiate bodies, this assessment should entail not just an individual, but also a collective assessment. When selecting people to work in resolution planning, banks should take into account the specificities related to working in resolution planning.
- **Clear organisational structure:** Banks should have clear and transparent organisational structures, with a clear allocation of responsibilities between units, and clear reporting lines. There should be one person ultimately responsible for resolution planning, at Board level, and one person responsible for the day-to-day running of the resolution planning function. Banks should clearly articulate the relationship between the resolution planning function and the rest of the bank.
- **Robust internal supervision:** Banks should have a robust internal supervision function, including an active supervisory board and/or non-executive directors, and independent and empowered internal control functions. Internal supervision should include rigorous scrutiny of the bank's resolution planning function.
- **Cost-effective resource allocation based on achieving regulatory goals:** Banks should allocate the resources necessary for the bank to and adequately and effectively fulfil regulatory goals. Banks should assess their resolution planning needs, based on their characteristics (size, complexity, etc.) and allocate sufficient resources to resolution planning to achieve proactive removal or prevention of impediments to resolution.
- **Sound internal incentives structure:** Banks' practices and policies regarding performance assessment, career advancement, remuneration, and all other matters, should create sound incentives, aligned with regulatory goals. Banks' performance assessments and remuneration policies and practices should actively promote behaviour consistent with achieving resolvability, by proactively removing or preventing impediments to resolution, at all levels within the bank.
- **Independent, empowered and effective internal control functions:** Banks' internal control functions should be sufficiently independent and empowered to be able to intervene to mitigate relevant risks, including resolvability risk. Internal control functions should intervene in the decision-making process to promote high quality risk management.
- **Transparency and accountability:** Banks' governance framework should facilitate transparency with clients, investors and markets, civil society, and the public, to the extent permitted by bank secrecy rules. Banks should consider being open about their efforts to achieve resolvability and proactively prevent or remove impediments to resolution.
- **Cooperation with regulatory authority:** Banks' governance framework should facilitate cooperation with regulatory authorities, including resolution authorities, for resolution planning purposes. There should be a substantive and good faith effort to engage with resolution authorities (which should be reciprocated), in an effort to achieve resolvability.

While it is possible to devise general principles applicable to all banks, all banks are also different from each other. The potential impact on financial stability and other potential social costs of a bank failure differs from bank to bank. They perform different critical functions. The specific characteristics of each bank impact on its risk drivers and potential risks (connected to the bank's size and complexity, its business model and interconnectedness levels). Banks should fine-tune their governance frameworks to their specific needs and characteristics. To do this, banks should consider:

- **Identifying their needs**, based on applicable regulatory requirements and recommendations, but also on internal assessments, focusing on the specific characteristics of the bank;
- **Developing different potential governance frameworks**, based on regulatory requirements and recommendations, internal assessments and industry best practices;
- **Undertaking a cost-benefit analysis on each framework**, based on the need to achieve applicable regulatory goals — in this case, resolvability — in a cost-effective manner.

Banks could consider these principles when devising the foundation for their resolution-planning framework, as well as the need for this framework to interact with governance and internal organisation arrangements for other regulatory areas (e.g. prudential, conduct or anti-AML regulation).

### 3 Corporate culture

Culture is the set of values and behavioural patterns that prevail in a given organisation. Embedding proactive compliance with applicable regulations into a bank's culture leaves them in a better position to achieve this goal. An effective way of doing so can be to internalise regulatory goals, by turning achieving those goals into a corporate value, so the bank focuses on meeting its wider responsibilities towards society as a whole. For resolution planning purposes, this means banks embracing achieving *resolvability* as a value. In addition, as noted in the SRB's *Expectations for Banks*, “[w]orking together” is crucial for building resolvability. Banks should therefore embed proactive cooperation with resolution authorities in their culture. Banks may do so, for example, through:

- **Value statements:** Banks should include *resolvability and cooperative with authorities* as values in their value statements. Banks should treat achieving resolvability as a substantive goal, however, not just as a box ticking exercise. Actually achieving resolvability (and thereby minimising social risks) should be the goal, not merely minimising regulatory costs. Banks should also be transparent and actively assist resolution authorities with their tasks.
- **Managers leading by example:** Banks should be proactive when it comes to achieving resolvability, not passive. To promote this, the Board, senior management and mid-level management can treat resolvability seriously, as a substantive goal for the bank, and proactively embed resolvability considerations and questions in the bank's discussions and decision-making processes, and encourage staff to raise concerns based on resolvability considerations. The same applies to cooperation with authorities. Boards and managers may raise questions and actively promote fruitful and meaningful discussions with authorities, demand substantive compliance with authorities' requests and engage in well-reasoned, good faith dialogue in case of disagreements (which resolution authorities should reciprocate).
- **Rewards and penalties:** Banks should reward those that consider resolvability and cooperation with authorities in their actions, and actively help in achieving resolvability, while penalising those that do not adequately do so.
- **Training:** Banks should provide formal training to management and staff to consider *resolvability and cooperation with authorities* as goals linked to the bank's social responsibility, and to explain how to consider these goals in their day-to-day functions.

## 4 Corporate governance

Whether banks adopt a one-tier or a two-tier governance model, they should ensure that both management and supervisory functions within the bank are able to discharge their duties with regard to resolution planning. Boards should have the requisite knowledge, skills and experience to effectively consider resolvability concerns when engaging in discussions and making decisions. This means, for example, that boards should have a thorough understanding of the bank's (and the group's) business model and structure, as well as resolution goals and policies.

Boards should have access to and demand all relevant information necessary to adequately factor in resolvability considerations in their decision-making process. Boards should understand what **resolvability** entails and how potential decisions may hinder **resolvability**, through rigorous resolvability impact assessments. There should be adequate and sufficiently regular training sessions on resolution matters to promote this understanding.

When conducting a suitability assessment under CRD, banks should bear in mind that boards require sufficient knowledge, skills and experience to be able to discharge their duties connected to resolution, in both its management and supervisory functions. If the bank has separate management and supervisory bodies, both bodies should be in a position to perform their respective roles related to resolution planning with a high level of quality. In addition, under the *FSB's Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, the *EBA's Resolvability Guidelines* (EBA/GL/2022/01) and the *SRB's Expectations for Banks*, banks should appoint a board member responsible for resolution matters<sup>26</sup>. When selecting this board member, it is important that the specificities of the function are taken into account. The person at issue should either have the requisite knowledge, skills and experience, or at least be enrolled in adequate training<sup>27,28</sup>.

The Board (in particular, in its supervisory function) should continuously monitor banks' resolution planning activities, to ensure they are being conducted in accordance with regulatory standards and internal regulations. The Board should have regular debates on resolvability, with increased frequency and thoroughness depending on the systemic relevance of the bank. All Board members, managers and staff should be encouraged to raise potential resolvability concerns related to transactions, and to debate them freely, for all strategic, operational and other decisions that may have a material impact on resolvability (or series of decisions that, incrementally, may ultimately have an impact on resolvability). The resolution planning function should be able to raise resolvability concerns from the get-go, and they should be an issue from the very first stages when designing and discussing potential transactions and other decisions.

Boards should be aware of their resolution-related responsibilities and should devote sufficient time to discussing resolution-related issues, and should embed resolvability considerations in their policies and practices. They should set the tone for the rest of the bank, treating resolution seriously and as an issue that has to be taken into account when making decisions. In particular,

<sup>26</sup> This appointment does not remove the board's collegiate responsibility for adequately considering resolution matters in their decision-making process. The goal is, though, to have a specific person to be responsible for overseeing these issues at board level, to increase efficiency through specialisation.

<sup>27</sup> This includes, for example, knowledge of the banking business, of the bank's business model and structure, and of resolution goals, rules and policies. Experience in M&A and corporate restructuring, insolvency, compliance and risk management would likewise be useful.

<sup>28</sup> Should banks add resolution planning to the portfolio of an existing board member, they should conduct a suitability assessment and notify the supervisor of the change, so that it may conduct its own suitability assessment based on the new portfolio.

as noted in the SRB's *Expectations for Banks*, banks should take resolvability considerations when making strategic decisions. Resolvability concerns should be an item on the agenda to be discussed for those purposes.

Boards should actively exercise their supervisory functions related to resolution planning. Boards and audit committees (and any other relevant committees) should be in a position to critically discuss and assess materials on resolution they received from middle management and staff. The same applies to separate supervisory boards. Non-executive Board members and supervisory board members should be in a position and actively challenge those materials, asking relevant questions and discussing the issues thoroughly. The bank's committee structure should bear in mind resolution-related issues, and should be a part of assisting the Board in coming to decisions bearing in mind all relevant facets of resolution planning.

## 5 Corporate strategy

Banks should develop their corporate strategy bearing in mind the need to be resolvable. Achieving resolvability should be taken into account when making strategic decisions regarding the bank's funding plans, business model, structure, among others.

Under the EU resolution framework, resolution authorities are responsible for determining MREL/TLAC and defining a resolution strategy. That does not mean, however, that banks should be passive in this regard. Banks should go beyond assisting resolution authorities with their resolution planning. They should actively assess their MREL/TLAC needs and any potential impediments to resolution, to engage with the resolution authorities in fruitful and meaningful discussions.

In addition, once a resolution strategy is in place and MREL/TLAC is set, banks should internalise that resolution strategy and the MREL/TLAC target, embedding it in internal discussions and decision-making procedures. Banks should proactively prevent and remove impediments to the preferred resolution strategy and any potential variants. Resolution strategies should inform the bank's funding plans and commercial strategies, which should not create impediments to resolution.

Bearing in mind their social responsibilities, as part of their internal resolution planning, banks should find ways of increasing the number of options available in case of resolution. This means that banks can go beyond merely ensuring that the resolution authority's strategies are implementable in case of resolution. Banks can identify and propose other potential strategies, so that, if a resolution event does occur, resolution authorities have several potential options when it comes to resolving the bank.

Banks should develop multiyear work plans and yearly priorities for resolution planning. Banks should approach resolution planning as a coherent whole, not as a set of disparate and separate parts. The Board, managers and staff should be in a position to understand how the whole resolution planning projects fit together, what the order of precedence for projects should be, with the end goal of the bank becoming fully resolvable.

## 6 Incentives structure and training

Performance goals, performance assessments, the way career advancement works and remuneration policies and practices are a key part of the incentives structure within the bank. They provide important signals for what the bank truly values in terms of end-goals and employee conduct. Lofty value statements are effectively meaningless if they do not trickle down to employee goals, performance assessments and remuneration policies and practices.

Banks should have sound internal incentives structures, aligned with the goal of achieving resolvability. This requires banks to factor in resolvability concerns in the goals they set for units, in performance reviews and career progression and remuneration policies and practices.

Banks should have in place a training programme that ensures that resolution planning matters are widely known and understood throughout the bank, with a particular focus on the Board, senior management and those that will work directly on resolution planning. Training sessions on resolution planning should cover, at least, the following topics:

- The bank's business model;
- The bank's (and group's) structure;
- The applicable resolution framework, including the legal regime, guidelines and policies;
- The bank's resolution strategy and MREL/TLAC requirements, and any connected guidance by resolution authorities;
- The bank's internal resolution planning framework;
- How to identify potential impediments to resolution and how to assess ways of preventing or removing potential impediments.

Trainings should:

- Be available to all, and mandatory for those working directly on resolution planning;
- Be tailored to the specific function receiving the training and its role in resolution planning.

## 7 Resolution planning function

Banks should establish a robust resolution planning function as part of their overall internal organisation framework, to support resolution planning within the bank. To do so, banks should take into account their particular needs, based on their individual characteristics, regulatory requirements, regulatory guidance, and industry best practices.

### 7.1. Purpose

The internal resolution planning function will serve as a hub of knowledge and expertise about resolution within the bank. It should serve as an advocate for resolvability and cooperation with resolution authorities within the bank. Therefore, the resolution planning function will support the bank's internal resolution planning operations, including identifying and making proposals on how to prevent or remove potential impediments to resolution, to improve the resolvability of the bank.

## 7.2. Empowerment level

Banks need to ensure the resolution planning function is sufficiently empowered within the bank to intervene whenever necessary to promote resolvability. This means that the resolution planning function within the bank should:

- Be a mandatory part of strategic discussions within the bank, so that it is aware of the potential impact of potential decisions on the bank's resolvability and is able to intervene in those discussions with its assessment;
- Have direct access to the Board and all relevant committees within the bank for all matters with a potential impact on resolvability.

Banks could consider providing the internal resolution function with a veto power over matters where the bank's decision would create an impediment to resolution, taking into account the applicable resolution strategy, especially in particularly egregious cases. The resolution function should have the power to escalate discussions when it finds a potential decision may lead to impediments to resolution or if it finds an existing potential impediment that the bank needs to address.

The resolution planning function should be sufficiently independent from other functions to perform its duties with the necessary level of rigour and free from conflicts of interest. That requires the resolution planning function be separate from the commercial areas within the bank. As noted, the resolution planning function should be adequately staffed and have access to the necessary resources to do its work with a high level of quality. Its leadership should also have sufficient seniority within the bank for the function to be effective.

Banks should have internal escalation procedures for potential crisis events, ranging from business as usual, to recovery, to resolution. These procedures should be clear, transparent and known to all relevant internal stakeholders and to resolution authorities. The resolution planning function should play a key role in these procedures.

## 7.3. Internal and external interactions

The resolution planning function should work closely with other bodies and units within the bank. These include, for example:

- **The Board:** The resolution planning function should have direct access to the Board and all relevant committees within the bank to ensure the timely identification, prevention and removal of potential impediments to resolution. It should also regularly update the Board on matters related to resolution;
- **Crisis management:** The resolution planning function should work in tandem or be combined with the crisis management function within the bank, so that the bank can look at the whole crisis spectrum in a coherent way;
- **Commercial:** The resolution planning function should work to make the commercial function able to identify potential impediments to resolution and attempt to prevent or mitigate that strategic commercial proposals do not factor in potential impediments to resolvability;
- **Treasury:** The resolution planning function should work with the treasury to ensure that the bank's funding complies with applicable MREL/TLAC requirements and is in tune with the needs of the bank's resolution strategy and overall resolvability;

- **Risk management:** The resolution planning function should attempt to leverage on work done by the risk management that may be of interest for resolution purposes, and to promote that risk management policies take into account resolvability risk.
- **Compliance:** The resolution planning function should work alongside the compliance function to ensure ongoing compliance with regulatory standards related to resolution, where relevant;
- **Internal audit:** The resolution planning function should be audited regularly and any findings from the internal audit function should be adequately discussed and addressed;
- **Human resources:** The resolution planning function should work with HR to promote that the bank's human resources policies duly factor resolvability considerations, across all relevant resolvability dimensions, and the need to appropriately staff the resolution planning function itself;
- **Communication:** The resolution planning function should work with the communication department to ensure that the bank has an adequate communication strategy for resolution;
- **Legal:** The resolution planning function should work with the legal department to ensure that resolvability considerations are duly factored in wherever necessary, in contracts, prospectuses and other legal documents;
- **Information technology:** The resolution planning function should work with the IT department to ensure the bank has IT systems at least up to the applicable regulatory standards for resolution purposes.

The resolution planning function should play a key role in promoting cooperation and engagement with resolution authorities. It should act as a primary contact point between the bank and resolution authorities, and support the Board in its interactions with resolution authorities.

#### 7.4. Management

Under the FSB's *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, the EBA's *Resolvability Guidelines* (EBA/GL/2022/01) and the SRB's *Expectations for Banks*, banks should appoint a senior executive in charge of day-to-day issues related to resolution. Banks should consider this senior executive to be a *key function holder* and conduct a thorough suitability assessment.

The high-level executive should be of good repute, should have no material conflicts of interest, and should have the necessary knowledge, skills and experience to undertake his or her role (and training, if necessary). Banks should ensure that he or she understands the existing resolution strategy and is aware of his or her responsibilities concerning resolution, while being effectively empowered to discharge them.

The senior executive responsible for resolution planning should not also be responsible for conflicting functions, which may lead to compromises when it comes to promoting resolvability and cooperation with resolution authorities. For example, the senior executive should not accumulate responsibilities for resolution planning and any responsibilities for the commercial activity of the bank.

#### 7.5. Staff

Banks should conduct self-assessments of staffing needs for resolution planning based on realistic workload expectations. Banks should ensure that they have enough staff allocated to resolution planning to promote high quality work based on the expected workload. Staff with

responsibilities connected to resolution planning are aware of these responsibilities, understand the overall resolution strategy, and have the necessary training to discharge their duties.

### **7.6. Technical resources**

Banks should ensure that the resolution planning function has the necessary technical resources to perform its tasks with a high level of quality.

### **7.7. Career advancement, performance assessment and remuneration**

Managers and staff tasked with resolution planning should only be set goals related to that function. Their performance assessments and career advancement prospects should depend on concerns related to achieving resolvability, without taking into account conflicting considerations. In addition, banks should tie variable remuneration criteria within the resolution planning function to incentivising actions that assist the bank in preventing or removing impediments to resolution.

### **7.8. Training**

The resolution planning function should have access to regular training sessions on topics related to its activities, and help prepare trainings on resolution planning issues for the rest of the bank, alongside Human Resources.

## **8 Information systems**

Good quality data and information are necessary preconditions for resolution planning. For this purpose, the bank's resolution planning function should:

- Identify all data points that are relevant for resolution purposes (at a minimum, those already identified by resolution authority);
- Be able to share those data points with all relevant stakeholders, including resolution authorities, in a timely manner;
- Be able to transform available data into information necessary for resolution planning, in a timely manner;
- Establish quality assurance procedures to ensure that data and information is available, complete and accurate (which should be monitored by the board in its supervisory function).

The resolution planning function should work with IT to ensure that banks should have access to IT systems that are efficient in processing available data and present relevant information in a user friendly way. Banks should invest in automation, to promote a more efficient treatment of data and to minimise operational relating to manual inputs and checks. There should be regular maintenance on banks' IT systems, and regular upgrades, as they become relevant. Banks should also invest in protecting IT systems against cyber and other risks.

Banks' resolution planning function should work with compliance to develop policies on handling sensitive information. These policies' goals should be to prevent undue dissemination of information that could impede the effectiveness of the bank's resolution. To achieve this goal, resolution planning functions should identify any information that, if divulged, could impede the

effective resolution of the bank, and classify it under their highest confidentiality ranking, and develop rules on how this information should be handled.

Banks should be in a position to make any relevant market disclosures related to a resolution event in such a way that they do not impede resolution. The resolution planning function, alongside compliance, should therefore identify disclosure requirements that may apply during resolution and use legal means to obtain exemptions or deferments from market authorities.

## 9 Internal audit

Independent audit functions are a key part of the internal supervision function within a bank. They promote the constant evolution and improvement of the banks' policies and practices by systematically identifying deficiencies and opportunities for improvement. Banks should ensure, therefore:

- That resolution planning activities are part of the annual audit plan;
- That the internal audit function regularly reviews resolution planning activities within the bank, and any deficiencies it detects are addressed swiftly;
- That the Board, in its supervisory function, monitors the effectiveness of the bank's internal quality control function, and receives and takes into account audit reports related to resolution planning.

## 10 Internal and external reporting

The resolution planning function should regularly update the Board and relevant committees on matters related to resolution planning. In particular, the resolution planning function should provide regular updates on progress towards resolvability, across all resolvability dimensions, and on matters related to cooperation with resolution authorities. There should also be regular internal reporting and debate on deficiencies in the internal resolution planning framework and potential opportunities for improvement.

Banks are under an obligation to send reports to resolution authorities. Through these reports, banks share information crucial for resolution planning with resolution authorities. The information used in internal reports to the Board and to relevant committees should match the information sent to resolution authorities. If resolution authorities have defined a template for a particular report, banks should use that template for that report. If not, then banks should use a clear template, which contains all relevant information and is easy to read and understand. When using their own templates, banks should promote comparability of the templates across time.

The resolution planning function should develop an internal procedure devoted specifically to fulfilling internal and external reporting requirements related to resolution planning. The internal resolution planning procedure should play a key role in this procedure, together with any other functions the bank deems relevant for accessing the relevant data and producing the final report. Reports should be subject to final quality assurance revisions before being approval and submission to the resolution authority.

Banks should promote the use of automation for the production of their (internal and external) reports, mitigating all relevant risks, and they should be in a position to present the information in the format that resolution authorities have defined. The resolution planning function should

work with the bank's IT department to ensure that the banks' IT systems meet all relevant internal and regulatory standards and requirements.

## 11 Communication strategy

A clear, factual and assertive communication strategy is essential to reassure relevant stakeholders about how a resolution is being handled. Banks should coordinate their messaging with resolution and other stakeholders in advance, as well as plan ahead to have sufficient resources to handle communication needs triggered by a resolution event (likely to go beyond what's necessary in business as usual or even in less serious crisis events). Banks' resolution planning functions and communication departments should therefore develop communication strategies for resolution, as part of resolution planning. The Board should approve the bank's communication strategy for resolution.

## 12 Testing

To prepare for a resolution event, banks should have a rigorous testing framework that covers all areas relevant to resolution, as part of their overall risk assessment framework. The resolution planning function should develop playbooks, procedures and methodologies aimed at testing the various aspects of the resolution strategy, to find potential deficiencies and opportunities for improvement, and to create expertise for a potential real resolution event. In this respect, it should be noted:

- **Playbooks:** Playbooks are instruction manuals. They are operational documents, used to test resolution arrangements and to assist in implementing a resolution. Playbooks should be clear, complete, self-contained and concise. The resolution planning function should develop playbooks in accordance with clearly defined internal procedures, for all aspects of resolution. Different playbooks should be consistent with one another. The resolution planning function should liaise with other units within the bank, and resolution authorities, when developing the playbooks. Ultimately, the Board should approve all playbooks.
- **Testing procedures and methodologies:** The resolution planning function should develop robust testing procedures and methodologies, to promote the bank's resolvability. Testing procedures should assign clear responsibilities for testing development, which the resolution planning function should lead, and define criteria for the use of different testing methodologies (e.g. walkthroughs, dry runs or management simulations)<sup>29</sup>. Testing should be based on a scenario that is sufficiently severe to place the bank under resolution, and highlight any potential risks and capability gaps related to achieving resolvability. The resolution planning function should use this opportunity to find remedial actions for these risks and gaps, and propose them to the Board.

<sup>29</sup> For example, level of maturity of the capability that is being tested.

## 13 Adequate documentation

The resolution planning function should ensure that the bank adequately documents all matters related to resolution planning, at all times. It should take action to correct any deficiencies in this regard, and propose ways of improving existing documentation procedures.

The resolution planning function should ensure there is a written record of decisions taken by the bank, the steps before the decision, who took those decisions, when, in which venue, and the reasons behind the decision. Adequate documentation:

- Is easy to read and understand, even for parties not originally involved in its drafting (both internal and external);
- Includes all relevant information to understand the topic addressed in that particular document;
- Is well systematised and structured, so that connections between different documents are clear;
- Is easy to access for all parties that should have access to it;
- Allows people not originally involved in its drafting (both internal and external) to keep track of any amendments, who introduced them, when they were introduced, and the reasons behind those amendments.

## 14 Cooperation with resolution authorities

Active cooperation between banks and resolution authorities is key to resolution planning. Banks' governance framework should facilitate this cooperation. The bank should have a clear policy of transparency and proactive engagement with the resolution authority, at all levels. Its governance framework should assist it with internalising regulatory requests and produce deliverables that are easy to understand and useful for the bank and for the resolution authority.

Deliverables should fulfil regulatory expectations both in terms of content and of form. They should be user-friendly, so that both the bank and the resolution authorities are able to use them easily for resolution planning purposes. Banks should make use of deliverables requested by the resolution authority internally. They should not treat those deliverables simply as something that only resolution authorities will use. The deliverables' format should be:

- The one requested by the resolution authority; or
- A format that maximises ease of use, taking account the purpose of the deliverable.

Banks should treat questions and guidance from resolution authorities as an opportunity to both engage in rigorous internal discussions on those topics, prior to making decisions, and as part of the necessary dialogue between the bank and resolution authorities. The Board and the resolution planning function should play a key role in interactions with resolution authorities, liaising, where necessary, with other units and functions within the bank.

## 15 Conclusion

This article has outlined ways for banks to embed resolution planning in their governance and internal control structures, with the goal of promoting their own resolvability. All banks are different, but the following principles should be widely applicable and useful in achieving this goal:

- The promotion of resolvability should be firmly embedded in a bank's corporate culture, at all levels, starting from the Board, as should the promotion of cooperation with resolution authorities;
- The Board of Directors, in both its management and supervisory functions, should know enough about resolution to take resolvability into account during internal discussions, to actively promote the bank's resolvability when making decisions, and to engage in fruitful dialogue with resolution authorities;
- The bank should internalise achieving resolvability as part of their corporate strategy;
- Banks should have an internal resolution planning function, with a clear purpose, sufficient empowerment, and all necessary resources to intervene in the bank's strategic decisions and to assist with resolution planning;
- Banks should have information systems that allow them to obtain all relevant data and to produce all complete and accurate information necessary for a resolution in a timely manner, and systems to prevent mishandling of sensitive information;
- Banks should have internal procedures to ensure a high level of quality for their reports;
- Banks should have communication plans that identify all relevant stakeholders, all relevant communication materials, all relevant infrastructure and the need to actively cooperate with resolution authorities;
- Banks should develop clear, complete, self-contained and concise playbooks that they can use to test their capabilities under resolution, through rigorous testing methodologies;
- Banks should cooperate with resolution authorities in good faith.

Banks have a duty to be resolvable and to promote their own resolvability. Developing a sound internal resolution framework is the foundation for promoting a bank's resolvability. It sets the stage for ensuring that the bank has a complete understanding of its needs under resolution and promotes that the bank is able to identify, prevent and remove potential impediments to resolution, while cooperating with resolution authorities. Therefore, banks should ensure they have sound governance frameworks related to resolution planning in place. If they do, they will take an important step towards being resolvable. Once sound governance frameworks are in place, the rest will usually follow.

# Annex - Resolution planning framework self-assessment checklist

To use this self-assessment checklist, banks should:

- Grade to what extent each statement accurately describes existing conditions at the bank;
- Provide the reasoning behind each grade, including both positive and negative aspects;
- Identify action points related to each item, to address the shortcomings or improvement opportunities that have been identified;
- Sum all the grades to come up with the overall score;
- Provide an overall assessment of their resolution planning framework, which should summarise the main conclusions, and highlight key positive and negative aspects;
- Prepare an action plan to address shortcomings or improvement opportunities, which assigns all action points to the person responsible to address the topic, and includes deadlines and major milestones connected to addressing each action point.

1. The bank embeds promoting resolvability and cooperating with resolution authorities in its corporate culture, and considers them an important part of meeting its social responsibilities.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

2. The Board has sufficient knowledge, skills and experience, from a collective standpoint, to handle matters related to resolution planning.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

3. There a Board member responsible for resolution planning-related work, in line with applicable regulatory standards, and this Board member suitable for that role, taking into account applicable regulatory requirements and relevant best practices.

Grade: Very high (5), High (4), Medium (3), Low (2), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

4. There is a senior executive responsible for day-to-day handling of resolution planning-related work, in line with applicable regulatory standards, and this senior executive is suitable for the role, taking into account applicable regulatory requirements and relevant best practices. This senior executive considered to be a key function holder.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

5. The Board, in both its functions, regularly discusses matters related to resolution planning, taking them into account in strategic and operational discussions and, when relevant, in individual transactions.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

6. The Board, in both its functions, actively monitors the resolution planning process.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

7. The bank embeds achieving resolvability in its corporate strategy.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

8. The bank has an independent, well-resourced resolution planning function, sufficiently empowered to intervene where necessary to prevent or remove potential impediments to resolution, and with sufficient staff and resources to handle its workload with a high level of quality.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

9. The bank has access to all data points relevant for its resolution and is able to turn those data points into complete and accurate information in a timely way.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

10. The bank has a robust system in place to prevent mishandling of sensitive information related to resolution.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

11. The bank's internal incentives structure (e.g. career advancement, performance assessment, remuneration policies and practices, etc.) adequately incentivise management and staff to be proactive in identifying and preventing or removing impediments to resolution. The resolution planning function's internal incentives structure is focused only on resolution planning, with no conflicting criteria or considerations.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

12. The bank has a robust and effective training programme on resolution planning.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

13. The bank has a robust procedure to prepare a communication policy for resolution, as part of resolution planning.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

14. The bank has robust playbooks and testing procedures and methodologies that allow it to test its resolution-related capabilities.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

15. The bank adequately document its resolution planning-related work.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

16. The bank cooperates with resolution authorities proactively, and engages with them in good faith.

Grade: Very high (4), High (3), Medium (2), Low (1), Very low (0)

Reasoning (positive aspects):

Reasoning (negative aspects):

Action points:

17. Final score: \_\_\_\_

(48 – 64: Strong; 32 – 47: Average; 16 – 31: Below average; 0 – 15: Weak)

Overall assessment:

Action plan:

- Action Point #1 – description of action point
  - Responsibility:
  - Milestones and final deadline:
- (...)

# 3 Segredo do Banco de Portugal, dever de colaboração e acesso à informação

Joana Amaral Rodrigues<sup>30</sup>

Diogo Calado<sup>31</sup>

## **Abstract**

*The present article analyzes the duty of professional secrecy that the legal system imposes on Banco de Portugal, identifying its sources (national and european), content and scope.*

*Also, it addresses the exceptions to the duty of secrecy in criminal and civil proceedings, further describing the procedural mechanism legally established to the breach of secrecy.*

*In addition, the rights of access to procedural and non-procedural information are analysed, in particular in relation with the duty of secrecy imposed on Banco de Portugal. The respective applicable legal regime is described and the circumstances in which such rights may be restricted are identified.*

*Finally, by way of conclusion, it is pointed out that there are differences in the procedural regime applicable to the disclosure of facts and data subject to secrecy, stressing, however, the need to guarantee the unity of the legal system and the protection of the described professional duty.*

## 1 O dever de segredo do Banco de Portugal: enquadramento à luz do direito nacional e europeu

O Banco de Portugal, enquanto pessoa coletiva de direito público com vastas atribuições (designadamente, nos domínios macroprudencial, da supervisão e da resolução<sup>32</sup>), e ainda banco central da República Portuguesa integrado no Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC)<sup>33</sup>, está sujeito, por via da vinculação dos titulares dos seus órgãos, bem como dos seus trabalhadores e colaboradores, ao dever de segredo profissional.

<sup>30</sup> Departamento de Serviços Jurídicos do Banco de Portugal.

<sup>31</sup> Departamento de Serviços Jurídicos do Banco de Portugal.

<sup>32</sup> Atribuições que se referem especificamente por contenderem mais diretamente com o tema que nos ocupa.

<sup>33</sup> Vide o disposto na Lei Orgânica do Banco de Portugal, aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro, com as alterações introduzidas pelos Decreto-Lei n.º 118/2001, de 17 de abril, Decreto-Lei n.º 50/2004, de 10 de março, Decreto-Lei n.º 39/2007, de 20 de fevereiro, Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, Decreto-Lei n.º 142/2013, de 18 de outubro, Lei n.º 23-A/2015, de 26 de março, Lei n.º 39/2015, de 25 de maio e Lei n.º 73/2020, de 17 de novembro.

Assim dispõe, desde logo, o artigo 60.º da respetiva Lei Orgânica, ao estatuir que os membros do Conselho de Administração, do Conselho de Auditoria, do Conselho Consultivo e, bem assim, todos os trabalhadores do Banco, estão sujeitos, nos termos legais, ao dever de segredo. Por outro lado, e no que especificamente respeita às atribuições de banco central integrado no SEBC, o artigo 37.º do Protocolo (n.º 4) relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu, anexo aos Tratados, igualmente dispõe sobre a sujeição dos membros dos bancos centrais nacionais ao dever de segredo profissional, com proibição expressa de **divulgação** de informação sigilosa.

Ainda nos quadros do direito da União Europeia, atente-se ao disposto nos artigos 53.º e seguintes da Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à **supervisão** prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento (**CRD IV**), e bem assim ao disposto no artigo 84.º da Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a **resolução** de instituições de crédito e de empresas de investimento (**BRRD**). Aliás, o Tribunal de Justiça da União Europeia (**TJUE**) tem desenvolvido jurisprudência em torno do segredo das autoridades de supervisão – trata-se, com efeito, de uma **questão de direito da União**, atento designadamente o disposto nas referidas diretivas<sup>34</sup>.

O dever de segredo do Banco de Portugal encontra-se especificamente regulado no artigo 80.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (doravante, “**RGICSF**”)<sup>35</sup>, já desde a sua origem no Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro<sup>36</sup>, integrando-se no seu atual regime transposição das referidas diretivas europeias<sup>37</sup>.

Atualmente sob a epígrafe “*Dever de segredo do Banco de Portugal*”, clarifica-se que o segredo profissional do Banco de Portugal não se considera limitado ao segredo de **autoridade de supervisão** (cfr. a epígrafe anterior do preceito). Todavia, é de reconhecer uma continuada recondução deste segredo ao **segredo de supervisão**, o que é explicável por ser nos domínios da informação de supervisão (prudencial, comportamental ou preventiva do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo) que se têm suscitado, designadamente com repercussão jurisprudencial, as principais questões em torno dos limites do segredo e da admissibilidade da sua quebra<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Cfr., a título de exemplo, Acórdão do TJUE (Segunda Secção) de 12 de novembro de 2014, *Annett Altmann e o. contra Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (C-140/13) (em causa, a diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros); Acórdão do TJUE (Grande Secção) de 19 de junho de 2018, *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht contra Ewald Baumeister* (C-15/16) (*idem*), Acórdão do TJUE (Quinta Secção) de 13 de setembro de 2018, *Enzo Buccioni contra Banca d'Italia* (C-594/16) (em causa, a CRD IV); Acórdão do TJUE (Quinta Secção) de 13 de setembro de 2018, *UBS Europe SE e Alain Hondequin e litisconsortes contra DV e o.* (C-358/16) (em causa, a diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros). A diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros, interpretada pelos Acórdãos, identifica-se com a anterior Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004. Para uma análise exaustiva, Luís Guilherme Catarino, «Segredos da Administração: segredos de supervisão e de sanção», disponível em [https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR\\_38\\_-\\_Luis\\_Guilherme\\_Catarino.pdf](https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR_38_-_Luis_Guilherme_Catarino.pdf)

<sup>35</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, sucessivamente alterado: cfr., por último, o Decreto-Lei n.º 31/2022, de 6 de maio.

<sup>36</sup> Pese embora as numerosas alterações ao RGICSF, o artigo 80.º sofreu apenas duas alterações: pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, e pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro. No primeiro diploma, foi alterado o n.º 3 do preceito; no segundo, foi alterada a epígrafe (de “*Dever de segredo das autoridades de supervisão*” para “*Dever de segredo do Banco de Portugal*”) e aditado o atual n.º 5. Em ambos os casos se tratou da exigência de transposição de diretivas europeias.

<sup>37</sup> A correta transposição é ainda garantida por outras normas, como seja o disposto no artigo 81.º do RGICSF.

<sup>38</sup> Cfr., a título de exemplo, recentemente, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (**TRL**) de 12.1.2021 (proc: 18588/16.2T8LSB-DA.L1-1 – Relatora: Fátima Reis Silva), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

O artigo 80.º do RGICSF prevê, assim, o segredo profissional **específico deste Banco**, distinto do **segredo bancário**, nomeadamente ao nível dos sujeitos passivos do dever, do respetivo objeto, do bem jurídico tutelado e das exceções legalmente previstas<sup>39</sup>.

Nos termos do artigo 80.º, n.º 1, são sujeitos passivos do dever de segredo as pessoas que exerçam ou tenham exercido funções no Banco de Portugal, bem como as que lhe prestem ou tenham prestado serviços a título permanente ou ocasional. Por outro lado, também as autoridades, organismos e pessoas que participem, por via de cooperação, na eventual troca de informações prevista no artigo 81.º do RGICSF, são destinatárias do dever de segredo, nos termos do n.º 5 do referido preceito.

Relativamente aos sujeitos ativos do dever, a sua identificação estará dependente da específica informação abrangida pelo segredo *in casu*, considerando-se a latitude da informação conhecida pelo Banco de Portugal no exercício das suas (diversas) funções, que torna particularmente complexa uma genérica categorização<sup>40</sup>. Tratando-se de informação de **supervisão**, identificam-se desde logo as instituições de crédito supervisionadas, com particulares deveres de informação e reporte à autoridade de supervisão<sup>41</sup>; mas também, indiretamente, os clientes bancários dessas instituições ou pessoas com que estes se relacionem, na medida em que a informação conhecida possa respeitar-lhes.

Delimitando o âmbito objetivo, pode considerar-se estarem em causa informações sobre factos cujo conhecimento advenha, aos sujeitos passivos do dever, **exclusivamente** do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços no Banco de Portugal, no contexto do exercício, por este Banco, das respetivas funções. Factos do conhecimento público não se encontram, naturalmente, abrangidos pelo dever de segredo (por exemplo, factos da vida interna da instituição revelados em documentos natureza institucional publicamente disponíveis), **“deixa[ndo] de haver segredo quando se atinge o limiar da publicidade”**<sup>42</sup>.

A lei não indica, como o faz para o segredo **bancário** (ainda que de forma não exaustiva) no artigo 78.º do RGICSF, que informação está abrangida pelo segredo do Banco de Portugal. Pode entender-se que o dever de segredo deste Banco abrange informação já coberta pelo segredo bancário — factos e elementos respeitantes às **relações da instituição com os seus clientes** e, especialmente, factos e elementos atinentes à **vida interna da instituição** —, mas não se limita necessariamente a essa informação.

<sup>39</sup> Segue-se, neste segmento de caracterização do segredo do Banco de Portugal, com adaptações, o escrito em Joana Amaral Rodrigues, «Segredo Bancário e Segredo de Supervisão», in AAVV, *Direito Bancário*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2015, disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito\\_Bancario.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf).

<sup>40</sup> Note-se que ao Banco de Portugal estão ainda atribuídas funções no domínio da gestão de base de dados, as quais, pela sua natureza, abrangem informação sobre terceiros: veja-se o caso da base de dados de contas, especificamente prevista no artigo 81.º-A do RGICSF, da Central de Responsabilidades de Crédito e da Listagem de utilizadores de cheque que oferecem risco (cfr., quanto à CRC e à LUR, respetivamente, Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de outubro, e Decreto-Lei n.º 454/91, de 28 de dezembro). A informação constante destas bases de dados encontra-se abrangida pelo referido segredo profissional, sem prejuízo ainda da aplicação das normas relevantes no domínio da proteção de dados pessoais.

<sup>41</sup> Ao poder do supervisor de exigir das instituições supervisionadas a prestação de toda e qualquer informação sobre a sua vida interna (e sobre as relações com os seus clientes) que possa ser necessária ao bom desempenho da supervisão — desde logo porque as instituições não lhe podem opor o seu próprio dever de segredo bancário (cfr. artigo 79.º, n.º 2, alínea a), do RGICSF) —, corresponde o dever de salvaguardar a confidencialidade dessa informação, não a **divulgando** ou **utilizando**.

<sup>42</sup> Assim, em comentário ao artigo 195.º do CP, Manuel da Costa Andrade, «Artigo 195.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Dir.: Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 1128.

Com efeito, apesar de poderem existir zonas de sobreposição quanto ao âmbito objetivo do dever, os **segredos não se confundem**<sup>43</sup>. Por um lado, o Banco de Portugal **atua sobre** a informação em causa, transformando-a, refletindo sobre a mesma, comparando-a, analisando-a criticamente, formulando juízos sobre tal informação e fundamentando através dela as decisões que lhe compete adotar — no fundo, produz (nova) **informação**. Por outro lado, e se é certo que a informação conhecida pelo Banco de Portugal pode ter correspondência com a vinculada pelo segredo bancário, não é menos verdade que a mesma pode igualmente estar relacionada com outros e diversos **segredos** (por exemplo, segredo comercial) ou com deveres de confidencialidade que emanam das trocas de informações com outras entidades (designadamente, autoridades europeias). Tem sido reconhecido, aliás, que “nomeadamente, os métodos de supervisão aplicados pelas autoridades competentes, as comunicações e as transmissões de informações entre as diferentes autoridades competentes, bem como entre estas e as entidades sujeitas à supervisão, e qualquer outra informação não pública sobre o estado dos mercados sujeitos à supervisão e as transações nele realizadas” se incluem neste segredo<sup>44</sup>.

Nas palavras de Luís Guilherme Catarino, “O objeto do segredo de supervisão é mais vasto que o segredo que impende sobre as entidades supervisionadas pois existe também uma componente de discricção ou de confidencialidade no que toca aos processos de supervisão e decisão que devem ser mantidos fora do conhecimento e apropriação do público ou da publicidade. Visa-se com a supervisão a proteção de interesses coletivos como a sã concorrência, a estabilidade de um mercado, setor ou sistema, e a confiança na instituição e na sua organização e funcionamento”<sup>45</sup>.

Em síntese, diríamos, numa formulação abrangente, que o artigo 80.º, n.º 1 se refere aos factos — e, como tal, à documentação que os veicula — cujo conhecimento advenha exclusivamente do exercício pelo Banco de Portugal das suas funções, reportando-se a informação *não pública*.

A lei delimita, contudo, o âmbito objetivo do segredo do Banco de Portugal, nos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 80.º, dispondo que: **(i) fica ressalvada a divulgação de informações** confidenciais relativas a instituições de crédito no âmbito da aplicação de medidas de intervenção corretiva ou de resolução, da nomeação de uma administração provisória ou de processos de liquidação, exceto tratando-se de informações relativas a pessoas que tenham participado na recuperação e na reestruturação financeira da instituição; **(ii) que fica ressalvada a comunicação** a outras entidades pelo Banco de Portugal de dados centralizados, nos termos da legislação respetiva; **(iii) e que é lícita a divulgação** de informação em forma sumária ou agregada e que não permita a identificação individualizada de pessoas ou instituições, designadamente para efeitos estatísticos.

Relativamente à conduta proibida, trata-se de um dever de *non facere*<sup>46</sup>: a conduta proibida é a de **divulgar** (ou **revelar**, na terminologia do segredo bancário) e/ou **utilizar** a informação por aquele abrangida. No primeiro caso, trata-se de transmitir a informação a terceiro(s), “alarg[ando] o universo das pessoas que passam a ter conhecimento dos factos cobertos pelo segredo”<sup>47</sup>; já a utilização prossuporá um proveito próprio do sujeito passivo do dever, contraposto à vontade e

<sup>43</sup> Na dilucidação de fronteiras entre o **segredo bancário e o segredo de supervisão**, veja-se, com interesse, as conclusões do Advogado-Geral Nillo Jääskinen, no âmbito do Processo C-140/13, acerca do segredo profissional das “autoridades supervisoras do setor financeiro”.

<sup>44</sup> Assim, as conclusões do Advogado-Geral referidas.

<sup>45</sup> Luís Guilherme Catarino, «Segredos...», cit., p. 44 (cfr. ainda, para esta caracterização, p. 49).

<sup>46</sup> Cfr. António Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 354, referindo-se ao *segredo bancário*.

<sup>47</sup> Manuel da Costa Andrade, «Artigo 195.º», cit., p. 1134.

interesse do titular do segredo<sup>48</sup>. O artigo 84.º do RGICSF, por sua vez, clarifica que “a violação do dever de segredo é punível nos termos do Código Penal” — cfr. artigos 195.º e 196.º do CP<sup>49</sup> —, para além da responsabilidade civil e disciplinar que possa implicar.

O n.º 2 do artigo 80.º RGICSF aponta, por sua vez, para as exceções ao dever de segredo previsto no respetivo n.º 1. Nos termos dessa disposição, os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo podem ser revelados “mediante autorização do interessado, transmitida ao Banco de Portugal, ou nos termos previstos na lei penal e de processo penal”, preceito que integra uma remissão para o disposto no artigo 135.º do Código de Processo Penal (doravante, CPP).

Não obstante a compressão que se tem verificado relativamente a outros segredos (por exemplo, o bancário), o **interesse público** associado à tutela do segredo do Banco de Portugal continua a justificar a opção do legislador de não consagrar a preponderância, **em abstrato**, dos interesses da investigação criminal — ou de quaisquer outros de natureza igualmente pública<sup>50</sup> — sobre os interesses protegidos por esse segredo. Por consequência, a ponderação tem de ser feita casuisticamente por um tribunal superior, nos termos do artigo 135.º, n.º 3, do CPP, o qual decidirá de acordo com o princípio da prevalência do interesse preponderante, em face das circunstâncias do caso concreto. Também por aqui, no confronto com a exceção prevista para o segredo bancário no artigo 79.º, n.º 2, alínea e), do mesmo Regime Geral, se assume a **especialidade** deste segredo do Banco de Portugal.

Refira-se, ainda, que o artigo 81.º do RGICSF, sob a epígrafe “Cooperação com outras entidades”, prevê que o Banco de Portugal pode trocar informações com um conjunto de autoridades, organismos e pessoas, especificando que estas, ao participarem nas trocas de informações referidas, ficam também sujeitas ao dever de segredo; por outro lado, essa informação apenas poderá ser utilizada para os fins legalmente previstos. Neste conjunto de entidades compreendem-se, por exemplo, os reguladores setoriais, as autoridades de supervisão e de resolução dos Estados-Membros da União Europeia e outras entidades e pessoas com funções no domínio da supervisão e da preservação da estabilidade do sistema financeiro.

Por fim, na identificação dos traços gerais deste segredo do Banco de Portugal, assinala-se que a sua previsão se encontra associada a relevantes interesses. O **direito à reserva da intimidade da vida privada** pode ser identificado como bem jurídico protegido pelo dever de segredo do Banco de Portugal, em especial nas zonas de sobreposição com o segredo bancário<sup>51</sup>. Não obstante, a tutela deste segredo relaciona-se em especial com o interesse público da estabilidade do sistema financeiro, bem jurídico constitucionalmente previsto<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Assim, ainda que por referência ao segredo bancário, Fernando Conceição Nunes, «Os deveres de segredo profissional no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras», in *Revista da Banca*, número 29, janeiro-março, 1994, p. 49.

<sup>49</sup> Para desenvolvimento dos tipos legais, Manuel da Costa Andrade, «Artigo 195.º», cit., pp. 1116 e ss.

<sup>50</sup> A título de exemplo, o Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares (cfr. Lei n.º 5/93, de 1 de março, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 126/97, de 10 de dezembro, Lei n.º 15/2007, de 3 de abril, e Lei n.º 29/2019, de 23 de abril) prevê igualmente a quebra do segredo que seja invocado perante uma comissão parlamentar de inquérito nos termos do artigo 135.º do CPP — cfr. o artigo 11.º, n.º 4, e 13.º-A (com a especialidade processual aí prevista face ao regime geral do artigo 135.º do CPP). Por outro lado, e como se esclarecerá *infra*, o artigo 417.º, n.º 4, do Código de Processo Civil remete, precisamente, para o disposto no artigo 135.º do CPP.

<sup>51</sup> Na relação entre o segredo *bancário* e a proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 278/95 (Relator: Alves Correia). Também Manuel da Costa Andrade, «Artigo 195.º», cit., p. 1119, refere a dimensão do “valor pessoal-individual tendencialmente identificado com a privacidade”.

<sup>52</sup> Assim se escreveu em Joana Amaral Rodrigues, «Segredo...», cit. Neste sentido, veja-se o sumário do citado Acórdão do TRL, de 12.1.2021, referindo-se ao *segredo de supervisão*: “O segredo profissional de supervisão a que está obrigado o Banco de Portugal nos termos do artigo 80.º do Regime

Como se lê, de forma esclarecedora, no Livro Branco sobre a regulação e supervisão do setor financeiro, “o Banco de Portugal é responsável por preservar o necessário sigilo acerca da informação confidencial de que dispõe, essencial para a preservação da estabilidade financeira”, já que “o surgimento no espaço público de informação descontextualizada, desadequada ou intempestiva é suscetível de condicionar a capacidade de o Banco de Portugal agir como autoridade de supervisão e, no limite, de colocar em causa a própria estabilidade financeira”<sup>53</sup>.

O TJUE, por sua vez, identifica o segredo das autoridades de supervisão (ainda que pronunciando-se no contexto diverso, mas algo paralelo, da diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros) com a ideia de confiança, cuja falta pode comprometer o processamento harmonioso da transmissão de informações confidenciais necessárias para o exercício da atividade de supervisão; e, ainda, com a necessidade de “proteger não apenas as empresas diretamente afetadas mas também o funcionamento normal dos mercados de instrumentos financeiros”<sup>54</sup>.

A concluir, é de sinalizar que o regime do artigo 80.º do RGICSF tem ainda de ser conciliado com outros regimes de segredo, igualmente vinculativos para o Banco de Portugal. Pense-se no caso da lei que estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo — Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto —, em particular o disposto no respetivo artigo 105.º quanto ao segredo das autoridades setoriais. Por outro lado, o Banco de Portugal encontra-se ainda sujeito, no exercício da função administrativa sancionatória (artigo 213.º do RGICSF), ao regime do segredo de justiça previsto no artigo 214.º-A do RGICSF — e veja-se ainda, na vertente do regime contraordenacional do RGICSF, o que se dispõe nos artigos 212.º, n.º 1, alínea c), e 227.º-B, quanto à divulgação de decisões.

Por outro lado, a assunção pelo Banco Central Europeu das atribuições conferidas pelo Regulamento (UE) n.º 1024/2013 (Regulamento do Mecanismo Único de Supervisão)<sup>55</sup>, veio suscitar novas questões jurídicas a propósito, desde logo, do domínio da informação de supervisão relativa às instituições de crédito significativas, com inerentes implicações em termos

Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras tutela ainda o direito à reserva da intimidade da vida privada protegido pelo segredo bancário, e relativamente ao qual apresenta zonas de sobreposição, mas, em primeira linha protege o interesse público na efetividade ou eficácia da supervisão, essencial à estabilidade do sistema financeiro, bem jurídico constitucionalmente previsto nos termos do art. 101º da CRP”. Atente-se, ainda, nos desenvolvimentos da fundamentação do Acórdão, designadamente citando o Livro Branco sobre a regulação e supervisão do setor financeiro, 2016, p. 62. Também Manuel da Costa Andrade, «Artigo 195.º», cit., p. 1119, refere um “bem jurídico supra-individual institucional, tendencialmente identificado com a funcionalidade sistémico-social de determinadas profissões ou ofícios”.

<sup>53</sup> Diríamos que tais enunciações de princípio valerão, com as adaptações que a natureza da função suscita, para o segredo que respeita aos processos de resolução.

<sup>54</sup> Assim, o Acórdão do TJUE (Segunda Secção) de 12 de novembro de 2014, *Annett Altmann e o. contra Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (C-140/13), parágrafos 32 e 33, pronunciando-se sobre a anterior diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros (Diretiva 2004/39).

<sup>55</sup> 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 (JO L 287 de 29.10.2013). Cfr. ainda 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) (JO L 141 de 14.5.2014); e Decisão (UE) 2015/811 do Banco Central Europeu, de 27 de março de 2015, relativa ao acesso do público aos documentos do Banco Central Europeu na posse de autoridades nacionais competentes (BCE/2015/16) (JO L 128 de 23.5.2015).

de responsabilidade pela mesma e (co-)titularidade do dever de segredo. E o mesmo se afirma relativamente à arquitetura jurídico-institucional do Mecanismo Único de Resolução<sup>56</sup>.

## 2 O dever de segredo do Banco de Portugal no processo penal e no processo civil

O n.º 2 do artigo 80.º RGICSF, referindo-se às exceções ao dever de segredo previsto no respetivo n.º 1, dispõe, como referido, que os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo podem ser revelados “mediante autorização do interessado, transmitida ao Banco de Portugal, ou nos termos previstos na lei penal e de processo penal”.

Contrariamente ao que sucede relativamente ao distinto dever de **segredo bancário**, o dever de segredo do Banco de Portugal não se encontra genericamente excecionado perante as “autoridades judiciais, no âmbito de um processo penal”, já que a Lei n.º 36/2010, de 2 de setembro, ao prever uma **derrogação genérica** do dever de segredo bancário no âmbito do processo penal (cfr. o artigo 79.º, n.º 2, alínea d) do RGICSF), não introduziu semelhante previsão para o segredo do Banco de Portugal.

Com efeito, o artigo 80.º, n.º 2, ao referir-se aos **termos previstos na lei penal e de processo penal**, integra uma remissão para o disposto no artigo 135.º do CPP, ou seja, para o incidente jurisdicional de quebra do segredo aí previsto. Trata-se de regime paralelo ao que se verifica relativamente a outras profissões abrangidas por segredo profissional fundado na **confiança** (por exemplo, o segredo dos advogados).

Em face do exposto, o Banco de Portugal — ou melhor concretizando, as pessoas singulares que titulam o dever de segredo<sup>57</sup> —, confrontado com um pedido de informação abrangida pelo dever de segredo profissional, **deverá** escusar-se a prestar a informação em causa, invocando para tanto aquele dever legal. Isto de modo a que a autoridade judiciária solicitante suscite, sendo o caso, o correspondente incidente de quebra do segredo previsto no artigo 135.º do CPP, aplicável à apresentação de documentos ou quaisquer objetos *ex vi* artigo 182.º do CPP. Só assim não será, o que também corresponde aos **aludidos termos previstos na lei penal e de processo penal**, no caso de se verificar o dever de denúncia obrigatória nos termos do artigo 242.º do CPP<sup>58</sup>.

O incidente de quebra ou levantamento do segredo profissional previsto no artigo 135.º do CPP foi interpretado, para efeitos de fixação de jurisprudência, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2008. Ainda que o Acórdão diga respeito à quebra do segredo bancário no âmbito do processo penal — o que atualmente, à luz do artigo 79.º, n.º 2, alínea e) do RGICSF,

<sup>56</sup> Cfr. 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 (JO L 225 de 30.7.2014).

<sup>57</sup> Pessoas singulares, aliás, passíveis de responsabilização criminal à luz dos artigos 195.º e 11.º, n.º 2 (**a contrario**) do CP.

<sup>58</sup> Como refere Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição atualizada, 2011, UCE, Lisboa, p. 389, “[a] articulação destas regras substantivas e processuais é feita nestes termos: onde há dever de denúncia obrigatória (...) não é legítima a invocação de segredo profissional”. Também assim, Luís Guilherme Catarino, «Segredos...», cit., p. 59. Mas contra, Manuel da Costa Andrade, «Artigo 195.º», cit., p. 1153.

deixou de ter aplicação<sup>59</sup> —, a jurisprudência fixada a propósito das fases do incidente jurisdicional previsto no artigo 135.º do CPP continua de plena pertinência, aplicando-se ao segredo profissional que vincula o Banco de Portugal<sup>60</sup>. O referido Acórdão do STJ assinala duas fases distintas do incidente previsto no artigo 135.º do CPP<sup>61</sup>.

A primeira fase, prevista no n.º 2 do referido artigo 135.º, é a da análise sobre a **legitimidade** ou **ilegitimidade** da escusa, a cargo da autoridade judiciária perante a qual foi suscitado o problema de segredo, juiz ou Ministério Público conforme o momento processual em causa. Está em causa apreciar se existe ou não existe, por força da lei aplicável, segredo profissional a obrigar o sujeito que deduziu a escusa. Neste primeiro momento, se a autoridade judiciária, após a necessária averiguação, concluir que não existe dever de segredo relativamente à informação em causa (v.g. verifica-se o consentimento do titular do segredo), considera a escusa ilegítima e ordena (juiz ou juiz de instrução), ou requer ao tribunal que ordene (Ministério Público), a prestação da informação<sup>62</sup>, o que faz através de decisão recorrível.

No entanto, se a autoridade judiciária em causa verificar que existe **efetivamente** um dever de segredo a salvaguardar nos termos da lei, terá de concluir pela **legitimidade** da escusa, não podendo determinar a quebra ou o levantamento desse segredo: competir-lhe-á encaminhar o problema para o tribunal superior, com o que se dá por aberta a segunda fase do incidente.

A segunda fase, prevista no n.º 3 do referido artigo 135.º do CPP, é a da quebra ou levantamento do segredo propriamente dita, a cargo de um tribunal superior. Esse tribunal superior fará a ponderação no caso concreto (e não em abstrato) dos interesses em conflito, decidindo de acordo com o “princípio da prevalência do interesse preponderante”, nomeadamente “tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos”.

Como se afirma em Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, “a dispensa do sigilo profissional é desde logo uma situação excecional e por consequência sujeita a apreciação casuística e segundo critérios restritivos; por outro lado, [apenas] se justifica se for necessária (por ser de utilidade manifesta para o apuramento dos factos) e proporcional (quer relativamente à relevância do litígio, quer relativamente ao sacrifício imposto aos valores protegidos pelo segredo, num balanceamento dos interesses em conflito que deverá compor entre eles uma

<sup>59</sup> No entanto, a quebra do segredo **bancário** por via do incidente previsto no artigo 135.º do CPP, subsidiariamente aplicável ao processo civil ex vi artigo 417.º, n.º 4, do CPC, continua a relevar no contexto de processos judiciais de natureza não penal.

<sup>60</sup> A título meramente exemplificativo, vejam-se os seguintes Acórdãos (todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) no contexto de aplicação do referido artigo 135.º do CPP: i) do Tribunal da Relação do Porto: Acórdão de 15.5.2012 (segredo do BdP e penhora de saldos bancários); ii) do Tribunal da Relação de Coimbra: Acórdão de 15.2.2006 (quebra do segredo do BdP; ilegitimidade da decisão de quebra pelo tribunal de 1.ª instância); Acórdão de 10.3.2015 (quebra do segredo do BdP no processo civil); Acórdão de 16.6.2015 (quebra do segredo do BdP no processo penal); iii) do Tribunal da Relação de Guimarães: Acórdão de 10.3.2016 (quebra do segredo do BdP e pressuposto da recusa); iv) do Tribunal da Relação de Évora: Acórdão de 30.4.2015 (quebra do segredo do BdP; ilegitimidade da decisão de quebra pelo tribunal de 1.ª instância); Acórdão de 21.6.2016 (quebra do segredo do BdP no processo penal); v) do Tribunal da Relação de Lisboa: Acórdão de 21.5.2010 (quebra do segredo do BdP no processo civil); Acórdão de 2.6.2009 (quebra do segredo do BdP no processo civil); Acórdão de 1.2.2011 (quebra do segredo do BdP no processo civil); Acórdão de 20.6.2012 (quebra do segredo do BdP; ilegitimidade da decisão de quebra pelo tribunal de 1.ª instância); Acórdão de 8.10.2015 (quebra do segredo do BdP no processo civil); Acórdão de 21.4.2016 (quebra do segredo do BdP no processo civil).Cfr., ainda, o já citado Acórdão do TRL, de 12.1.2021.

<sup>61</sup> Segue-se, quanto à descrição das referidas fases, o escrito em Joana Amaral Rodrigues, «Segredo...», cit. Para mais desenvolvimentos, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário...*, cit., pp. 376-391.

<sup>62</sup> Nestes termos, veja-se o Acórdão do TRL de 28.2.2007 (proc.: 1600/2007-3 – Relator: Carlos Almeida), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

concordância prática entre eles, tendo como limite referencial o núcleo essencial de todos esses interesses)”<sup>63</sup>.

Em suma, no que se refere ao segredo do Banco de Portugal no âmbito do processo penal, o legislador não consagrou como princípio a preponderância absoluta dos interesses da investigação criminal sobre os interesses protegidos por este segredo. A ponderação continua, pois, a ter de ser feita casuisticamente por um tribunal superior nos termos do artigo 135.º, n.º 3, avaliando<sup>64</sup> (i) da imprescindibilidade do depoimento ou do documento para a descoberta da verdade (é a descoberta da verdade irreversivelmente prejudicada sem a informação abrangida pelo segredo? Pode o esclarecimento da verdade ser obtido de outro modo, por via de meios alternativos?) (ii) da necessidade de proteção de bens jurídicos (entendida como uma “necessidade social premente”), (iii) da gravidade do crime (na ponderação dessa gravidade, aferida em abstrato e em concreto, em contrapeso com o prejuízo de violação do segredo e de devassa associado).

Se a compressão do segredo profissional é, por natureza, excecional, pressupondo a avaliação da necessidade, *em concreto*, da informação solicitada para a realização de uma finalidade específica, compreende-se que também o processo civil preveja, por maioria de razão, normas concordantes.

O artigo 417.º do Código de Processo Civil (CPC), estabelecendo um **dever de cooperação para a descoberta da verdade**, dispõe que a recusa em colaborar é todavia **legítima** se a obediência importar violação de sigilo profissional, mais remetendo, nesse caso, para o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado (cfr. n.º 3, alínea c) e n.º 4).

A remissão para o incidente previsto no artigo 135.º do CPP deverá ser entendida com as necessárias adaptações aos interesses contrapostos no contexto do processo civil — ou do processo cujo regime preveja a aplicação subsidiária do CPC (cfr., por exemplo, o processo do trabalho ou o processo de insolvência) —, para efeitos do julgamento do “princípio da prevalência do interesse preponderante”<sup>65</sup>. Estará em causa ponderar “por um lado, o interesse na realização da justiça e a tutela do direito à produção da prova pela parte onerada; por outro lado, o interesse tutelado com o estabelecimento do dever de sigilo”, sendo certo de que se “[trata] de interesses privados (...) que poderão, por sua vez, revestir natureza pessoal ou patrimonial — e, neste último caso, de valores muito variáveis”<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. Acórdão do TRL de 29.11.2016 (proc.: 2050/13.8TVLSB-A.L1-1. – Relator: Rijo Ferreira), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>64</sup> No sentido do texto, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário...*, cit., pp. 376-391.

<sup>65</sup> Veja-se, em comentário ao artigo 417.º do CPC, José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, pp. 221-229.

<sup>66</sup> Assim, por referência ao Código anterior (artigo 519.º), Carlos Francisco de Oliveira Lopes Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Volume I, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004, p. 457.

### 3 O direito de acesso à informação procedimental e não procedimental

Nos quadros gerais do direito administrativo as pretensões informativas são habitualmente reconduzidas a duas categorias<sup>67,68</sup>: (i) o direito de acesso à informação procedimental e (ii) o direito de acesso à informação não procedimental, correspondendo esta última dimensão à ideia do princípio do arquivo aberto (*open file*).

O direito de acesso à informação procedimental é um direito fundamental consagrado no artigo 268.º, n.º 1 da CRP, sendo regulado nos artigos 82.º a 85.º do Código do Procedimento Administrativo (doravante, CPA). Corresponde ao direito subjetivo a que os “interessados” em “procedimentos que lhes digam diretamente respeito” têm, nomeadamente, a serem informados sobre o “andamento d[esses mesmos] procedimentos” e de “conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas” (cfr. artigo 82.º, n.º 1 do CPA), abrangendo, ainda, o obter informação sobre o “serviço onde o procedimento se encontra, os atos e diligências praticados, as deficiências a suprir pelos interessados, as decisões adotadas e quaisquer outros elementos solicitados” (cfr. artigo 82.º, n.º 2 do CPA). Este regime aplica-se aos procedimentos administrativos tramitados pelo Banco de Portugal, designadamente por força do artigo 64.º, n.º 2 da Lei Orgânica do Banco de Portugal.

O direito de acesso à informação procedimental é, assim, atribuído aos “interessados” no procedimento<sup>69</sup>. Por princípio, os interessados deverão poder ser identificados durante toda a instância procedimental pela Administração, pois tal estatuto é caracterizado por depender de uma “intervenção formal”<sup>70</sup>, que pode ocorrer por iniciativa do próprio interessado (materializada na constituição como interessado, nos termos do artigo 68.º, n.º 1 do CPA) ou por “convocação da Administração”<sup>71</sup> [o que ocorrerá, por exemplo, nos casos de procedimentos administrativos de iniciativa oficiosa que tenham como destinatário pessoa(s) determinada(s)].

Para além dos interessados, segundo o artigo 85.º do CPA, terão ainda direito de acesso à informação procedimental “quaisquer pessoas que provem ter interesse legítimo no conhecimento dos elementos que pretendam” (n.º 1), estatuto que depende de alegação e prova documental, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito.

Trata-se, assim, de um direito vocacionado a obter informação sobre um determinado procedimento em curso e que pode abranger “quaisquer elementos solicitados” (cfr artigo 82.º, n.º 2 do CPA), que a entidade administrativa, está, em regra (cfr., *infra*, as exceções admissíveis), obrigada a prestar.

<sup>67</sup> Identificando as duas indicadas dimensões, veja-se, a título de exemplo, Tiago Fidalgo de Freitas, «O acesso à informação administrativa: regime e balanço», in *O Acesso à Informação Administrativa* (Org.: Tiago Fidalgo de Freitas, Pedro Delgado Alves), Almedina, Coimbra, 2021, p. 33. Também ao nível da jurisprudência são recortadas as duas vertentes indicadas, veja-se, igualmente a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27.05.2009 (proc.: 0279/09 – Relator: Edmundo Moscoso) e o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 16.01.2018 (proc.: 1087/17.2 BELRA – Relatora: Sofia David).

<sup>68</sup> Referindo que estas duas categoriais “são, na verdade, duas diferentes concretizações de um mesmo princípio geral de publicidade ou transparência da Administração”, cfr. J. M. Sérvulo Correia, «O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa» in *Escritos de Direito Público*, Volume I – Direito Administrativo (1), Almedina, Coimbra, 2019, p. 416.

<sup>69</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 11.01.2007 (proc. 02132/06 – Relator: António Coelho da Cunha).

<sup>70</sup> Cfr., neste sentido, o preâmbulo do CPA.

<sup>71</sup> *Idem*.

Diferente do direito de acesso à informação procedimental é o direito de acesso à informação não procedimental ou, noutra formulação, o direito de acesso aos registos e arquivos administrativos. Fala-se, a propósito deste direito, de um «Princípio da administração aberta»<sup>72</sup>, segundo o qual “Todas as pessoas têm o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, mesmo quando nenhum procedimento que lhes diga diretamente respeito esteja em curso, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal, ao sigilo fiscal e à privacidade das pessoas” (cfr. artigo 17.º, n.º 1 do CPA), ideia que tem, aliás, consagração constitucional no artigo 268.º, n.º 2 da CRP.

Este direito, ainda que seja mencionado no Capítulo dos «Princípios gerais» do CPA, não é regulado por este diploma, que determina que “O acesso aos arquivos e registos administrativos é regulado por lei” (cfr. o n.º 2 da mesma disposição). A lei indicada é o regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos, aprovado pela Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, na redação dada, por último, pela Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (doravante, **LADA**), que se aplica ao Banco de Portugal por força do seu artigo 4.º, n.º 1, alínea c)<sup>73</sup>.

O critério delimitador entre a aplicação de um ou de outro regime é a circunstância de estar — ou não — em curso um determinado procedimento administrativo onde se inclua a documentação que se pretende consultar. Tal é o que dispõe o artigo 1.º, n.º 4, alínea a) da LADA e, ainda no mesmo sentido, o artigo 17.º, n.º 2 do CPA. Assim, estando em curso um procedimento administrativo onde a informação/documentação se inclua, aplicar-se-ão as normas do CPA — com critérios mais exigentes (designadamente, a demonstração do estatuto de “interessado” ou de portador de um “interesse legítimo” — destinadas a assegurar o direito de acesso à informação procedimental); não estando já em curso um procedimento administrativo (por exemplo, por ter sido concluído e arquivado), os documentos que o integraram devem ser considerados arquivos ou registos administrativos, sendo a sua consulta e reprodução, nesse caso, regulada pela LADA (e já não pelo CPA), a qual estabelece que o direito de acesso é, por princípio, atribuído a “todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse” (cfr. artigo 5.º, n.º 1 da LADA), sem prejuízo das restrições constantes do seu artigo 6.º.

## 4 A compatibilização entre o dever de segredo e o direito de acesso, em especial à luz da LADA

A existência simultânea de um dever de segredo do Banco de Portugal e de um dever de facultar informação e documentos administrativos, nos termos expostos e previstos pelo CPA e pela LADA, pode gerar situações de conflito. De facto, o direito de acesso aos documentos, que obriga as entidades administrativas a facultá-los nos termos expostos, facilmente conflituava, no caso do

<sup>72</sup> Sobre este princípio, de modo desenvolvido, cfr. Domingos Soares Farinho, «Princípio da Administração Aberta: a evolução do direito positivo português», in *O Acesso à Informação Administrativa* (Org.: Tiago Fidalgo de Freitas, Pedro Delgado Alves), Almedina, 2021, pp. 7 e ss.

<sup>73</sup> A propósito da aplicação da LADA ao Banco de Portugal veja-se, com referência a Pareceres da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos e a Acórdãos de Tribunais Administrativos, Pedro Delgado Alves, «O âmbito subjetivo de aplicação da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos», in *O Acesso à Informação Administrativa* (Org.: Tiago Fidalgo de Freitas, Pedro Delgado Alves), Almedina, Coimbra, 2021, p. 143.

Banco de Portugal, com a proibição da revelação de factos abrangidos pelo dever de segredo, que muitas vezes estarão contidos nesses documentos.

Cabe aqui salientar que a presente situação (ainda que parametrizada ao nível da legislação ordinária no CPA, na LADA e no RGICSF, nos termos que serão expostos), se reconduz, primariamente, a uma questão (de restrição) de direitos fundamentais — em particular, do direito de acesso à informação procedimental e do direito de acesso aos documentos administrativos (garantidos pelo artigo 268.º, n.ºs 1 e 2 da Constituição) —, em homenagem a outros bens protegidos, quer ao nível constitucional, quer ao nível do direito da União Europeia (nos termos *supra* expostos).

E, a este respeito, se é verdade que a Constituição consagra e garante direitos fundamentais — como é o caso dos direitos acima identificados —, em parte alguma assegura que esses direitos não possam ser objeto de restrição<sup>74</sup>. A restrição é por princípio possível por relação a qualquer direito fundamental, desde que se verifique a necessidade de “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, de acordo com o regime do artigo 18.º, n.º 2 da CRP.

No caso dos direitos de acesso à informação procedimental e aos documentos administrativos, resulta da própria Constituição, na 2.ª parte do n.º 2 do seu artigo 268.º, uma admissibilidade expressa da sua restrição em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas. Esta ressalva, constituindo uma autorização expressa para restringir, evidencia que o legislador constitucional identificou à partida a potencialidade de o direito à informação colidir com outros bens jurídicos dignos de tutela, admitindo expressamente que o alcance das faculdades protegidas por tais normas de direitos fundamentais pode ser limitado<sup>75</sup>. E a circunstância de a Constituição identificar determinados valores como elegíveis para fundamentar uma restrição a direitos fundamentais, não tem a virtualidade de excluir a admissibilidade de outras restrições a esses direitos, na medida em que podem existir restrições não expressamente autorizadas, justificadas pela necessidade de garantir a sua compatibilização com outros bens constitucionais igualmente dignos de proteção jurídica<sup>76</sup>.

Um desses bens constitucionalmente protegidos é, nos termos acima expostos, a garantia da estabilidade do sistema financeiro (cfr. artigos 101.º e 102.º da CRP), que pressupõe e exige a não revelação pública de factos relacionados com a atividade supervisiva, garante dessa estabilidade, por parte do supervisor. Este valor constitucional, por ser potencialmente colidente com os direitos de acesso à informação procedimental e não procedimental, pode, dessa forma, condicioná-los (isto é: **restringi-los**). Não pode perder-se de vista que estes direitos de acesso à informação – sendo relevantes e até necessários a um escrutínio democrático da atuação da Administração —, não estão isolados na ordem jurídica e não são, por si só, valorativamente superiores aos demais bens e interesses jurídicos constitucionais. São, como tal, à semelhança dos demais direitos fundamentais, suscetíveis de ponderação, podendo ter de ceder na justa

<sup>74</sup> Referindo que “o direito à informação e as diversas faculdades em que se desdobram não gozam, como não goza nenhum direito fundamental, de uma proteção absoluta” pois “a sua satisfação plena sacrificará outros interesses e valores constitucionais de igual (ou até maior) valia”, cfr. Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves, J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1996, p. 323.

<sup>75</sup> Salientando que os direitos de acesso à informação estão “sujeitos a limites de segredo: (...) públicos ou (...) privados (...), limites que são naturalmente mais intensos e extensos nos casos em que os direitos de informação se estendem a titulares de interesses legítimos que não são interessados directos”, cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra Jurídica, Coimbra, 2017, p. 192.

<sup>76</sup> Neste sentido, cfr. Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 569 e ss. (em particular).

medida do necessário para assegurar a salvaguarda de outros valores constitucionais que, no caso concreto, se apresentem como merecedores de tutela jurídica.

No limite, pode mesmo acontecer que, em face de uma preponderância valorativa da estabilidade do sistema financeiro e do dever de segredo, se exclua o direito de acesso a um determinado documento, por se mostrar irrealizável, na prática, qualquer operação de concordância prática entre bens constitucionais<sup>77</sup>. De facto, se um documento contém, em toda a sua dimensão, factos sujeitos a segredo cuja revelação afetará a eficácia da função de supervisão ou resolução, tem de reconhecer-se que não há como proceder a uma concordância prática de valores, pois, ou se faculta o documento e tais factos são revelados, ou, inversamente, não se faculta e os factos não são revelados.

Deve ter-se presente que nas colisões entre os direitos fundamentais e outros bens, valores ou interesses igualmente dignos de proteção jurídica pode verificar-se a redução integral ou cedência completa de uma posição jurídica subjetiva protegida por direito fundamental, sem que, com isso e só por esse facto, se deva inevitavelmente concluir pela inconstitucionalidade da restrição<sup>78</sup>. De facto, sendo a ponderação de valores, à luz de um juízo de proporcionalidade, a metodologia juridicamente adequada a resolver conflitos entre direitos fundamentais e outros bens protegidos<sup>79</sup>, pode acontecer que, em face das circunstâncias do caso, o direito de acesso à informação possa ter de ceder, inclusive na totalidade<sup>80</sup>, se tal se revelar necessário para garantir os bens jurídicos constitucionais protegidos pelo segredo de supervisão<sup>81</sup> (aqui incluída a aludida estabilidade do sistema financeiro, mas também os direitos subjetivos de terceiros titulares de informação contida nos documentos).

No campo do direito de acesso à informação, a vigência simultânea de normas legais válidas que preveem deveres conflitantes que poderão ser impossíveis de cumprir em simultâneo é assumida pelo legislador, que necessitou de recorrer à ponderação entre os valores subjacentes a tais normas, procedendo à solução de tal conflito normativo na LADA e no CPA.

A este propósito, deve mencionar-se que a LADA não é indiferente à existência de segredos profissionais, tanto que prevê e consente a aplicação desses regimes legais de modo conjugado com o direito de acesso aos documentos, sendo isso o que é estabelecido no seu artigo 1.º, n.º 4, alínea d), que determina que o disposto nessa lei “*não prejudica*” o disposto quanto à matéria de segredo profissional prevista em leis especiais.

No mesmo sentido, também o CPA prevê no seu artigo 83.º, n.º 1 que o direito de acesso à informação procedimental não abrange “documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica”, devendo entender-se que esta menção é extensível aos demais segredos profissionais protegidos por lei<sup>82</sup>.

Destas normas resulta o reconhecimento de que o direito de acesso à informação procedimental e o direito de acesso aos documentos administrativos coexistem com o segredo profissional

<sup>77</sup> Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 76.

<sup>78</sup> Nestes termos, Jorge Reis Novais, *As restrições...*, cit., p. 791.

<sup>79</sup> Cfr. Jorge Reis Novais, *As restrições...*, cit., pp. 639 e ss.

<sup>80</sup> Admitindo, de igual modo, que “são (...) configuráveis situações em que o direito de acesso cede por completo” e apresentando inclusive exemplos dessas situações, cfr. Raquel Carvalho, *O direito à informação administrativa procedimental*, Publicações Universidade Católica, Porto, 1999, pp. 230 e ss.

<sup>81</sup> Uma análise desenvolvida sobre as circunstâncias em que uma posição subjetiva protegida por uma norma de direitos fundamentais pode ceder na totalidade em nome de outros bens ou valores, à luz do princípio da proporcionalidade, pode ser encontrada em Jorge Reis Novais, *As restrições...*, cit., pp. 779 – 798.

<sup>82</sup> Expressamente neste sentido, cfr. Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves, J. Pacheco de Amorim, *Código...*, cit., p. 332.

legalmente imposto ao Banco de Portugal, podendo, pois, tais direitos serem restringidos com este fundamento, na medida do necessário para salvaguardar os interesses protegidos pelo artigo 80.º do RGICSF.

A este respeito, se concordamos com a afirmação de que “não pode bastar às entidades administrativas dizerem que certo texto ou documento é segredo previsto na lei, para se “esquivarem” ao princípio da transparência”<sup>83</sup>, tal asserção não pode levar-nos a concluir, inversamente, que o dever de segredo do Banco de Portugal é irrelevante ou inexistente, atribuindo-se a esta pessoa coletiva pública um estatuto idêntico ao das demais pessoas coletivas públicas que não estão sujeitas a paralelo dever legal de segredo profissional. Fazê-lo, para além de ser uma desconsideração dos valores constitucionais protegidos pelo dever de segredo, significaria ainda, na prática, considerar não escrito ou derogado o artigo 80.º do RGICSF, de modo não previsto, nem consentido, pelo legislador, atribuindo-se a este Banco um estatuto legal idêntico ao de outras pessoas coletivas públicas não sujeitas a equivalente dever de segredo, em contradição com o disposto de modo imperativo na lei nacional e no direito da União.

Não pode perder-se de vista que o dever de segredo de supervisão visa proteger interesses públicos relevantes, com dignidade constitucional, como a estabilidade do sistema financeiro (cfr., o já referido, artigo 101.º da CRP), que pressupõe a existência de poderes de supervisão prudencial, comportamental e preventivos do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo por parte do Banco de Portugal, cujas estratégias e metodologias não podem ser do conhecimento público. Como tal, a propósito do exercício do direito de acesso aos documentos administrativos, não pode o dever de segredo ser desvirtuado ou anulado, atribuindo-se aos particulares um direito de acesso ilimitado aos arquivos desta entidade com funções de supervisão. É que um conhecimento irrestrito dos métodos e estratégias de controlo e supervisão do sistema financeiro por “todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse” (para utilizar a expressão legal constante do artigo 5.º, n.º 1 da LADA) fragilizaria perante terceiros (*maxime*, perante os supervisionados) o sentido e a eficácia de tal função, colocando em crise a proteção dos bens constitucionais tutelados pelo segredo de supervisão e a própria prossecução do interesse público, a que o Banco de Portugal está constitucionalmente vinculado (cfr. artigo 266.º, n.º 1 da CRP).

A conciliação do direito fundamental de acesso à informação com o dever de segredo implica, assim, uma articulação de deveres colidentes — i.e. do dever de prestar informação/documentos face ao dever de não revelar factos confidenciais neles contidos —, a qual não pode deixar de ser feita, em primeira linha, pela própria entidade administrativa que recebe o pedido de acesso, à luz dos parâmetros legais em presença e sob orientação constitucional.

Nessa tarefa, a entidade administrativa, confrontada com um pedido de acesso a documentos, terá logicamente de proceder à análise prévia da documentação que lhe foi solicitada, no sentido de indagar se a mesma revela factos abrangidos por causas de restrição do direito de acesso (artigo 6.º da LADA) e/ou factos cuja revelação seja inadmissível à luz do dever de segredo, para, desse modo, determinar as condições de exercício e o alcance do direito de acesso do requerente no caso concreto.

<sup>83</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 06.12.2017 (proc. 166/17.0 BELSB – Relator: Paulo Pereira Gouveia), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

No caso de se identificar que os documentos solicitados reportam factos sujeitos a uma causa de restrição de direito de acesso e/ou ao dever legal de segredo, tais factos podem não ser revelados, de acordo, respetivamente, com o artigo 6.º da LADA e com o disposto no artigo 80.º do RGICSF [*ex vi* artigo 1.º, n.º 4, alínea d) da LADA].

No caso específico do Banco de Portugal — que, entre outras, tem funções de supervisão sobre instituições de crédito e sociedades financeiras, e bem assim funções de autoridade resolução —, tenderá a ser frequente que os documentos administrativos revelem aspetos respeitantes à “vida interna de uma empresa” ou que contenham “segredos comerciais”, ficando sujeitos ao regime de revelação do artigo 6.º, n.º 6, o que implica que, não sendo apresentada autorização escrita, deve ser alegado e provado um “interesse direto, pessoal, legítimo e constitucionalmente protegido suficientemente relevante após ponderação, no quadro do princípio da proporcionalidade, de todos os direitos fundamentais em presença e do princípio da administração aberta, que justifique o acesso à informação”. No mais, podem os documentos reportar factos cuja revelação possa “Afetar a eficácia da fiscalização ou supervisão, incluindo os planos, metodologias e estratégias de supervisão ou de fiscalização” (alínea a) do n.º 7 do artigo 6.º), caso em que ficam sujeitos a uma “interdição de acesso” “durante o tempo estritamente necessário à salvaguarda de outros interesses juridicamente relevantes”.

Não se subsumindo a situação factual a nenhuma das causas de restrição do direito de acesso previstas no artigo 6.º da LADA, seria incorreto afirmar-se que se deve, sem mais, facultar a integralidade do documento peticionado pelo requerente. É que, como se tem vindo a dar nota, a factualidade vertida no documento, mesmo que não se subsuma diretamente aos critérios dos n.ºs 1 a 7 do artigo 6.º da LADA, pode estar abrangida pelo dever legal de segredo previsto no artigo 80.º do RGICSF, não podendo, por esse motivo, ser revelada pelo Banco de Portugal. A este propósito, deve salientar-se que o dever de segredo de supervisão — muito embora a LADA não o preveja no artigo 6.º como um fundamento expreso de restrição do direito de acesso aos documentos administrativos —, não perde por esse motivo a sua vigência jurídica, podendo ser mobilizado como fundamento autónomo para a restrição do direito de acesso.

Isso é, aliás, expressamente reconhecido pela LADA no já mencionado artigo 1.º, n.º 4, alínea d), que estabelece que o âmbito de aplicação desse diploma, “não prejudica” a aplicação do previsto em “legislação específica, designadamente quanto: (...) ao acesso a informação e documentos abrangidos pelo (...) segredo bancário (...) e demais segredos profissionais (...), quando digam respeito a matérias de que resulte responsabilidade financeira, disciplinar ou meramente administrativa, desde que o procedimento esteja sujeito a regime de segredo, nos termos da lei aplicável”. Julga-se, assim, que esta norma pretende justamente sinalizar que a LADA não pretende anular ou derogar o disposto noutros diplomas que prevejam regimes especiais de segredo profissional, que se continuarão a aplicar, como é precisamente o caso do artigo 80.º do RGICSF.

Neste sentido, entende-se que o segredo de supervisão do Banco de Portugal — que, como vimos, “não [é] prejudica[do]” pela LADA — pode, por si próprio (isto é: de modo autónomo das circunstâncias previstas no artigo 6.º da LADA), restringir ou condicionar o exercício do direito de acesso a documentos administrativos, ficando sujeito ao regime das demais restrições nominalmente identificadas no artigo 6.º, em particular ao seu n.º 8.

A solução contida no artigo 6.º, n.º 8 da LADA visa, no fundo, ser um critério prático de compatibilização proporcional das colisões do direito à informação com as restrições de acesso fundadas na salvaguarda de outros bens e valores dignos de tutela. Deste modo, detetando-se que

o documento contém factos que se subsumam em algum dos números do artigo 6.º ou que estão sujeitos ao segredo de supervisão do artigo 80.º do RGICSF, deve o documento ser “objeto de comunicação parcial sempre que seja possível expurgar a informação relativa à matéria reservada” (cfr. artigo 6.º, n.º 8 da LADA). Desta forma, acautela-se recíproca e proporcionalmente o direito de acesso ao documento (que é satisfeito através da disponibilização parcial do mesmo), mas também a confidencialidade da informação reservada, que é expurgada, salvaguardando-se assim os bens jurídicos protegidos pela norma de segredo.

Na circunstância de não ser possível expurgar a informação relativa à matéria confidencial (designadamente, nos casos em que todo o documento contém, de modo indistinguível ou inseparável, factos abrangidos pelo dever de segredo), o mesmo poderá não ser disponibilizado ao requerente, ainda que se lhe deva comunicar, de modo fundamentado, as razões da recusa de acesso e as circunstâncias demonstrativas do invocado dever de segredo (sem com isso, naturalmente, divulgar factos sujeitos ao indicado dever), por imperativo da obrigação constitucional de fundamentação (artigo 268.º, n.º 3 da CRP)<sup>84</sup>.

Esta conclusão, segundo julgamos, é adequada à luz do juízo de ponderação inerente à compatibilização de direitos fundamentais com outros valores dignos de proteção constitucionais, que admite, em determinados casos, a cedência completa de uma posição subjetiva protegida por uma norma de direito fundamental (cfr. *supra*). Acresce que esta conclusão não é igualmente desautorizada pela LADA, na medida em que o artigo 6.º, n.º 8 refere expressamente que o documento é objeto de comunicação parcial “sempre que seja possível” expurgar a informação confidencial, com isso estabelecendo, *a contrario*, que, nos casos em que não seja possível o expurgo, o documento poderá não ser facultado ao requerente<sup>85</sup>.

## 5 Conclusão

Os bens jurídicos tutelados pelo dever de segredo do Banco de Portugal, na sua dimensão de segredo profissional consagrado no direito nacional e europeu, determinam a opção do legislador de consagrar um específico regime processual de quebra do segredo sempre que esses bens jurídicos colidam com outros interesses, designadamente interesses públicos (v.g., os interesses subjacentes à investigação criminal, à investigação parlamentar ou probatórios), subtraindo essa competência à autoridade judiciária que conduz a investigação ou que determina a diligência probatória.

Havendo necessidade de tomar conhecimento de factos abrangidos por dever de segredo, é competente o tribunal superior, a quem cabe **arbitrar** o conflito entre os interesses colidentes, de acordo com o «princípio da prevalência do interesse preponderante» (artigo 135.º, n.º 3, do CPP), atentas as circunstâncias **concretas** do caso, sem vinculação a uma apriorística prevalência de qualquer um dos interesses contrapostos.

<sup>84</sup> Assinalando, igualmente, a necessidade de fundamentar as decisões de recusa de acesso a documentos, cfr. J. M. Sérvulo Correia, «*O direito à informação...*», cit., p. 422.

<sup>85</sup> Esta conclusão é, segundo se julga, perfeitamente transponível para o direito de acesso à informação procedimental regulado no CPA, por estarem em causa, na substância, os mesmos valores jurídicos e o juízo de ponderação a fazer nessa sede ser em tudo semelhante, particularmente no que diz respeito ao poder/dever de entrega parcial do documento, sempre que seja possível expurgar a informação confidencial (e, identicamente, à possibilidade de não disponibilização do documento quando tal não seja possível).

O exercício do direito de acesso à informação (procedimental ou não procedimental), ainda que possa incidir exatamente sobre os mesmos factos, não tem um idêntico regime **processual**. Não se poderá admitir, no entanto, um acesso irrestrito por “todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse” à informação abrangida pelo segredo profissional, desvinculada de um idêntico juízo de ponderação (designadamente, à luz do princípio da proporcionalidade). Admiti-lo, levar-nos-ia à conclusão substantiva, claramente inaceitável, de que os particulares, através do exercício do direito de acesso a documentos administrativos, e mesmo sem enunciação de qualquer interesse, teriam maiores possibilidades de aceder a informação confidencial do que, por hipótese, as autoridades judiciais numa investigação criminal, domínio que mobiliza o incidente de quebra do segredo a ser decidido nos termos explicitados.

O direito fundamental à informação é suscetível de ponderação e restrição quando se confronte com outros direitos ou interesses conflitantes com dignidade constitucional, como é o caso dos bens jurídicos protegidos pelo dever de segredo. Esse juízo de ponderação e compatibilização tem, como tal, de estar também presente na aferição do alcance do direito de acesso a informação e documentos administrativos, à luz da LADA e do CPA. Assim o impõe o princípio da unidade do sistema jurídico e os próprios artigos 1.º, n.º 4, alínea d) e 6.º, n.ºs 5, 6 e 8 da LADA, bem como o artigo 83.º, n.º 1 do CPA. Neste domínio, o juízo sobre a possibilidade de acesso à informação deve ser feito, em primeira linha, pela própria autoridade administrativa (Banco de Portugal, *in casu*), sendo esta ponderação judicialmente sindicável nos tribunais administrativos, os quais não deverão ignorar a aludida unidade do sistema jurídico e os valores conflitantes em presença.

# 4 O reconhecimento do Sistema Europeu de Bancos Centrais enquanto “construção jurídica especial” na jurisprudência do TJUE (caso C-316/19) e a sua eventual relevância para o enquadramento em IVA das operações efetuadas entre os bancos centrais nacionais no domínio da produção e emissão de notas de euro

Susana Rodrigues Cruz<sup>86</sup>

## *Abstract*

*The Court of Justice of the European Union has held in Case C-316/19 that the ESCB represents a novel legal construct in EU law which brings together national institutions, namely the national central banks, and an EU institution, namely the ECB, and causes them to cooperate closely with each other, and within a different structure.*

*This approach of the ESCB — as a novel legal structure that represents more than a multiplicity of distinct legal entities — may be able to reflect more properly the specificities of the supplies of goods and services made by the national central banks in pursuing their statutory function on the ESCB and the Eurosystem and its consequent VAT treatment.*

## 1 Enquadramento

As questões suscitadas no acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) proferido em 17 de dezembro de 2020 no Processo C-316/19<sup>87</sup> — que de seguida se transcreve nos

<sup>86</sup> Departamento de Serviços Jurídicos do Banco de Portugal.

<sup>87</sup> ECLI:EU:C:2020:1030.

excertos essenciais — estão relacionadas com uma situação litigiosa que envolveu a busca e apreensão de documentação e suportes eletrónicos de dados nas instalações do Banco Central da Eslovénia, nos quais se incluíam documentos elaborados pelo Banco Central Europeu (BCE) no desempenho das suas atribuições, comunicações entre o BCE e os bancos centrais nacionais, bem como documentos elaborados pelos bancos centrais nacionais, em cumprimento das respetivas funções no quadro do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) e do Eurosistema.

Nesta ação, a Comissão Europeia, apoiada pelo BCE, solicita ao TJUE que declare que, ao proceder unilateralmente à apreensão e utilização, no âmbito de um procedimento criminal conduzido pelas autoridades penais eslovenas, de documentos que constituíam “arquivos do BCE” (e ao não cooperar lealmente com o BCE a este respeito), a República da Eslovénia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 343.<sup>o88</sup> do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE), do artigo 39.<sup>o89</sup> do Protocolo (n.º 4) relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu (Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE), dos artigos 2.<sup>o90</sup>, 18.<sup>o91</sup> e 22.<sup>o92</sup> do Protocolo (n.º 7) relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia (PPI) e do artigo 4.º n.º 3<sup>93</sup>, do Tratado da União Europeia (TUE).

## 2 Comentário

Sem prejuízo da relevância jurídica inerente à delimitação interpretativa do âmbito do regime de proteção ao abrigo do PPI<sup>94</sup>, bem como à posição adotada pelo TJUE no quadro da ponderação do conflito entre o interesse na manutenção do funcionamento e da independência do BCE e o interesse dos Estados Membros na eficácia dos seus processos penais<sup>95</sup>, a abordagem que decidimos seguir nesta anotação tem por base uma vertente distinta e muito particular,

<sup>88</sup> Estabelece que: “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.”

<sup>89</sup> Estabelece 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.”

<sup>90</sup> Estabelece que: “Os arquivos da União são invioláveis.”

<sup>91</sup> Estabelece que: “Para efeitos da aplicação do presente Protocolo, as instituições da União cooperarão com as autoridades responsáveis dos Estados-Membros interessados.”

<sup>92</sup> Estabelece que: “O presente Protocolo é igualmente aplicável ao Banco Central Europeu, 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. O Banco Central Europeu fica, além disso, isento de qualquer imposição fiscal ou parafiscal ao proceder-se aos aumentos de capital, bem como das diversas formalidades que tais operações possam implicar no Estado da sua sede. As atividades do Banco e dos seus órgãos, desde que exercidas de acordo com os Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu, não darão origem à aplicação de qualquer imposto sobre o volume de negócios.”

<sup>93</sup> Estabelece que: “Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União. Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União.”

<sup>94</sup> Tendo o TJUE decidido (à luz de um conceito interpretado de forma autónoma para efeitos do direito da União) no sentido de que a inviolabilidade dos arquivos do BCE não se aplica apenas aos documentos pertencentes ao BCE ou na sua posse, mas também aos documentos pertencentes a um banco central nacional ou dele provenientes, desde que estes estejam relacionados com o exercício das funções do SEBC e do Eurosistema (v. § 85).

<sup>95</sup> Reconhecendo o TJUE que os interesses das autoridades penais dos Estados Membros são tidos em conta na medida em que a inviolabilidade dos arquivos do BCE não leva a deixar impunes as pessoas visadas pelo inquérito penal nem a tornar excessivamente difícil, ou mesmo impossível, a condução de inquéritos penais no território dos Estados Membros. As autoridades nacionais têm a faculdade de se dirigir à instituição em causa para que esta levante a inviolabilidade. Acresce que a obrigação de cooperação leal tem, por natureza, carácter recíproco, pelo que incumbia ao BCE prestar assistência às autoridades eslovenas para que estas pudessem corrigir as consequências ilícitas da apreensão dos documentos (v. §105 e 125).

centrando-se exclusivamente no entendimento definido nos parágrafos 79 a 83 do acórdão proferido.

Em resultado da conjugação do disposto no artigo 282.º, n.º 1, do TFUE, e nos artigos 1.º, 9.º, n.º 2, e 14.º, n.º 3, do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE<sup>96</sup>, o TJUE assume aí expressamente, na senda de uma anterior decisão<sup>97</sup>, que **“o SEBC representa no direito da União uma construção jurídica original que associa e faz cooperar estreitamente instituições nacionais, a saber, os bancos centrais nacionais, e uma instituição da União, a saber, o BCE, e em que prevalece uma articulação diferente e uma distinção menos acentuada do ordenamento jurídico da União e dos ordenamentos jurídicos nacionais [...]. Neste sistema muito integrado pretendido pelos autores dos Tratados em relação ao SEBC, os bancos centrais nacionais e os seus governadores têm um estatuto híbrido, uma vez que são, é certo, autoridades nacionais, mas autoridades que atuam no âmbito do SEBC” [destacado nosso].**

Ora, este reconhecimento do contexto institucional especial que deve ser conferido ao SEBC (e, *mutatis mutandis* à estrutura nuclear que com este coexiste, o Eurosistema, que é constituído pelo BCE e pelos bancos centrais nacionais dos Estados-Membros que adotaram o euro), pode ser transposto para a análise e definição, quer do estatuto, para efeitos de IVA, destas “construções jurídicas” ou destes “sistemas integrados”, quer do tratamento em IVA das transmissões de bens e das prestações de serviços que sejam realizadas pelos bancos centrais nacionais no exercício das atribuições públicas que lhe são cometidas no quadro do SEBC e do Eurosistema.

No que respeita ao estatuto do BCE perante o IVA, o artigo 22.º do PPI determina que as atividades do BCE e dos seus órgãos, desde que exercidas de acordo com os Estatutos do SEBC e do BCE, não darão origem à aplicação de qualquer imposto sobre o volume de negócios, logo, leia-se, não se encontram sujeitas a IVA. Acresce que, em conformidade com o disposto no artigo 151.º, n.º 1, alínea *aa*)<sup>98</sup>, da Diretiva IVA<sup>99</sup> (transposto para a ordem jurídica nacional através do artigo 14.º, n.º 1, alínea *m*), do Código do IVA<sup>100</sup>), as transmissões de bens e as prestações de serviços em que o BCE seja adquirente beneficiam de isenção em IVA, dentro dos limites e nas condições do PPI e desde que daí não resultem distorções de concorrência.

Por sua vez, as funções e as atividades desenvolvidas pelos bancos centrais nacionais, enquanto autoridades públicas, encontram-se, em grande medida, fora do campo de aplicação do IVA, em conformidade com a regra de não sujeição dos entes públicos prevista no artigo 13.º<sup>101</sup> da

<sup>96</sup> Normas que estabelecem que: i) o BCE e os bancos centrais nacionais dos Estados-Membros constituem o SEBC e o BCE e os bancos centrais nacionais dos Estados-Membros cuja moeda seja o euro constituem o Eurosistema; ii) as atribuições cometidas ao SEBC são executadas quer através das próprias atividades do BCE, quer através dos bancos centrais nacionais; iii) os bancos centrais nacionais constituem parte integrante do SEBC, devendo atuar em conformidade com as orientações e instruções do BCE.

<sup>97</sup> Acórdão do TJUE, de 26 de fevereiro de 2019, *Rimšēvičs e BCE/Letónia*, C 202/18 e C 238/18, EU:C:2019:139, § 69 e 70.

<sup>98</sup> Em conformidade com esta norma, os Estados-Membros devem isentar “[a]s entregas de bens e as prestações de serviços efetuadas à Comunidade Europeia, à Comunidade Europeia da Energia Atómica, ao Banco Central Europeu ou ao Banco Europeu de Investimento, ou ainda aos organismos instituídos pelas Comunidades Europeias a que é aplicável o Protocolo de 8 de Abril de 1965 relativo aos Privilégios e Imunidades das Comunidades Europeias, dentro dos limites e nas condições desse Protocolo e dos acordos relativos à sua aplicação ou dos acordos de sede, e em especial desde que daí não resultem distorções de concorrência”.

<sup>99</sup> Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, na sua redação atual.

<sup>100</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 394-B/84, de 26 de dezembro, na sua redação atual.

<sup>101</sup> Estabelece que “Os Estados, as regiões, as autarquias locais e os outros organismos de direito público não serão considerados sujeitos passivos relativamente às atividades ou operações que exerçam na qualidade de autoridades públicas, mesmo quando, no âmbito dessas atividades ou operações, cobrem direitos, taxas, quotizações ou remunerações”. No segundo parágrafo, este preceito determina ainda que os organismos

Diretiva IVA (transposto através do artigo 2.º, n.º 2, do Código do IVA), podendo ainda ficar abrangidas por algumas das isenções previstas no artigo 135.º da Diretiva IVA para as operações financeiras<sup>102</sup>. Devendo realçar-se, porém, que a exclusão da sujeição a imposto não representa, no caso dos bancos centrais nacionais, uma isenção subjetiva de imposto nas aquisições de bens e serviços que efetuem. Estas autoridades públicas suportam imposto nas suas operações passivas como qualquer consumidor final<sup>103</sup>, sendo que o IVA que onera as aquisições de bens e serviços efetuadas para o exercício das atividades não sujeitas não confere direito à dedução, conforme decorre do artigo 168.º da Diretiva IVA (transposto através do artigo 20.º, n.º 1, do Código do IVA)<sup>104</sup>.

No caso do SEBC, porém, o TFUE não lhe atribui personalidade jurídica e não consta da Diretiva IVA qualquer normativo que lhe seja concretamente direcionado. Assim sendo, na perspetiva do regime do IVA, as operações intra-SEBC que são realizadas entre o BCE os bancos centrais nacionais são enquadráveis como prestações de serviços e transmissões de bens efetuadas entre diferentes entidades (sujeitos passivos) localizados em território de diferentes Estados-Membros.

Face à experiência dos últimos anos, esta circunstância revela ter impacto negativo em termos de certeza jurídica e de aplicação uniforme da lei e gera especiais constrangimentos no domínio da produção e emissão de notas de euro, uma das atribuições que reveste natureza integrada no quadro do SEBC e do Eurosistema<sup>105</sup>. Nos termos do artigo 128.º, n.º 1, do TFUE, tanto o BCE como os bancos centrais nacionais da área do euro têm o direito de emitir notas de euro, mas a autorização de emissão pertence exclusivamente ao BCE. As regras definidas nesta matéria pelo BCE estabelecem um quadro de repartição entre os bancos centrais nacionais da área euro, quer da obrigação de produção, quer dos rendimentos desta decorrentes, segundo um critério que tem por base a fórmula de subscrição do capital do BCE e não a efetiva procura e consumo de notas de euro em cada um dos Estados-Membros. As notas de euro são, assim, produzidas tendo como destinatário final o Eurosistema e têm subjacente um sistema logístico de distribuição, definido pelo BCE, que pode determinar que, em momento prévio à emissão, as notas que são produzidas, quer pelos centros de impressão próprios dos bancos centrais nacionais, quer por impressores externos, sejam transportadas e entregues a bancos centrais de diferentes Estados-Membros, que não são, nalguns casos, os seus adquirentes originários. O atual tratamento em IVA das diferentes operações efetuadas no quadro deste sistema integrado de produção e aquisição de notas de

públicos devem ser considerados sujeitos passivos do imposto relativamente às atividades que exercerem na qualidade de autoridades públicas, quando a não sujeição a imposto possa conduzir a distorções de concorrência significativas. Do mesmo modo, dispõe-se no terceiro parágrafo que serão sempre considerados sujeitos passivos relativamente às operações enumeradas no anexo I à Diretiva, desde que as mesmas não sejam insignificantes.

<sup>102</sup> Nomeadamente, na parte que releva na presente anotação, a isenção prevista no artigo 135.º, n.º 1, alínea e) da Diretiva IVA (transposto através do artigo 9.º, 27), subalínea d), do Código do IVA) que abrange as operações, incluindo a negociação, que tenham por objeto divisas, notas bancárias e moedas, que sejam meios legais de pagamento.

<sup>103</sup> Cf. Acórdão do TJUE, de 2 de junho de 2005, no caso C-378/02, ECLI:EU:C:2005:335, § 39: “um organismo de direito público que age na qualidade de autoridade pública no momento da compra de um bem de investimento (...) não tendo nessa ocasião agido na qualidade de sujeito passivo, não dispõe, à semelhança de um particular que atua em função das suas necessidades privadas, de qualquer direito a deduzir o IVA que pagou sobre esse bem”.

<sup>104</sup> Acresce que, face às regras de incidência e localização das operações definidas nos artigos 43.º e 44.º da Diretiva (transpostos através dos artigos 2.º, n.º 1, alínea e), e 5, 6.º, n.º 6, alínea a), do Código do IVA) a obrigação de imposto, nomeadamente no caso das prestações de serviços, mas também no caso das aquisições intracomunitárias acima de determinado limiar, pode caber aos bancos centrais nacionais, enquanto adquirentes de bens ou serviços.

<sup>105</sup> Em conformidade com o disposto no artigo 128.º do TFUE, tanto o BCE como os bancos centrais nacionais da área do euro têm o direito de emitir notas de euro. Todavia, na prática, apenas os bancos centrais nacionais têm capacidade para emitir e retirar de circulação notas de euro. O BCE não dispõe de serviços de caixa e não realiza operações em numerário.

euro não parece reunir condições para garantir neutralidade na aplicação do imposto, podendo mesmo introduzir uma diferenciação injustificada de custos de produção e aquisição nos casos em que estes se encontrem onerados com IVA que não seja dedutível.

O reconhecimento pelo TJUE — na decisão que ora comentamos — da especialidade na construção jurídica do SEBC face aos bancos centrais nacionais que o integram parece-nos representar um marco importante para efeitos da reflexão em torno das alterações legislativas que se afiguram convenientes neste contexto. Na verdade, o nível elevado de integração do SEBC pode ser visto como fundamento para que, sem prejuízo de outras alternativas que mereçam ponderação<sup>106</sup>, se venha a reconhecer<sup>107</sup> uma extensão da isenção subjetiva de IVA aplicável nas aquisições de bens pelo BCE (a prevista no referido artigo 151.º, n.º 1, *aa*) da Diretiva IVA) de modo que esta abranja, em termos similares, as aquisições de notas de euro pelos bancos centrais nacionais.

<sup>106</sup> Desde logo, o eventual alargamento da isenção prevista no artigo 152.º da Diretiva IVA para as entregas de ouro aos bancos centrais (transposto através dos artigos 13.º, n.º 1, alínea h), e 14.º, n.º 1, alínea u), do Código do IVA), tendo em consideração que também as aquisições de notas (pré-emissão) se traduzem num input específico (exclusivo) dos bancos centrais o qual, embora por razões históricas não tenha beneficiado de um tratamento em IVA similar ao ouro (cujo normativo foi introduzido na Diretiva IVA em 1975), partilha do mesmo racional.

<sup>107</sup> Ressalvando alguma fragilidade em termos de certeza jurídica, poder-se-ia admitir que esta alteração fosse concretizada sem alteração da própria Diretiva IVA, através de estipulação nesse sentido no Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011 do Conselho, de 15 de março de 2011, que estabelece medidas de aplicação da Diretiva 2006/112/CE relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado.

ANEXO

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

17 de dezembro de 2020

«Incumprimento de Estado — Artigo 343.º TFUE — Privilégios e imunidades da União Europeia — Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) e do Banco Central Europeu (BCE) — Artigo 39.º — Privilégios e imunidades do BCE — Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia — Artigos 2.º, 18.º e 22.º — Princípio da inviolabilidade dos arquivos do BCE — Apreensão de documentos nas instalações do Banco Central da Eslovénia — Documentos relacionados com o desempenho das atribuições do SEBC e do Eurosistema — Artigo 4.º, n.º 3, TUE — Princípio da cooperação leal»

No processo C-316/19,

que tem por objeto uma ação por incumprimento nos termos do artigo 258.º TFUE, intentada em 16 de abril de 2019,

**Comissão Europeia**, representada por L. Flynn e B. Rous Demiri, na qualidade de agentes,

demandante,

apoiada por:

**Banco Central Europeu (BCE)**, representado por K. Kaiser, C. Zilioli, F. Malfrère e A. Šega, na qualidade de agentes, assistidos por D. Sarmiento Ramírez-Escudero, advogado,

interveniente,

contra

**República da Eslovénia**, representada por V. Klemenc, A. Grum, N. Pintar Gosenca e K. Rejec Longar, na qualidade de agentes,

demandada,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

[...],

vistos os autos e após a audiência de 22 de junho de 2020, ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 3 de setembro de 2020, profere o presente

Acórdão

1. Com a sua petição, a Comissão Europeia pede ao Tribunal de Justiça que declare que, ao proceder unilateralmente à apreensão de documentos relacionados com o desempenho das atribuições do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) e do Eurosistema, nas instalações do Banka Slovenije (Banco Central da Eslovénia), e ao não cooperar lealmente com o Banco Central Europeu (BCE) a este respeito, a República da Eslovénia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 343.º TFUE, do artigo 39.º do Protocolo (n.º 4) relativo aos

Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu (JO 2016, C 202, p. 230; a seguir «Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE»), dos artigos 2.º, 18.º e 22.º do Protocolo (n.º 7) relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia (JO 2016, C 202, p. 266; a seguir «Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades») e do artigo 4.º, n.º 3, TUE.

## Quadro jurídico

### Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE

- 2 O artigo 1.º do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE tem a seguinte redação:

«De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 282.º [TFUE], o [BCE] e os bancos centrais nacionais constituem o [SEBC]. O BCE e os bancos centrais nacionais dos Estados-Membros cuja moeda seja o euro constituem o Eurosistema.

O SEBC e o BCE exercem as suas funções e atividades em conformidade com as disposições dos Tratados e dos presentes Estatutos.»
- 3 O artigo 8.º desse protocolo dispõe:

«O SEBC é dirigido pelos órgãos de decisão do BCE.»
- 4 O artigo 9.º-2 do referido protocolo enuncia:

«O BCE assegurará que as atribuições cometidas ao SEBC nos n.ºs 2, 3 e 5 do artigo 127.º [TFUE] sejam executadas, quer através das suas próprias atividades, nos termos dos presentes Estatutos, quer através dos bancos centrais nacionais, nos termos do artigo 12.º-1 e do artigo 14.º»
- 5 Nos termos do artigo 9.º-3 do mesmo protocolo:

«De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 129.º [TFUE], os órgãos de decisão do BCE são o Conselho do BCE e a Comissão Executiva.»
- 6 O artigo 10.º-1 do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE prevê o seguinte:

«De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 283.º [TFUE], o Conselho do BCE é composto pelos membros da Comissão Executiva e pelos governadores dos bancos centrais nacionais dos Estados-Membros cuja moeda seja o euro.»
- 7 O artigo 14.º-3 desse protocolo tem a seguinte redação:

«Os bancos centrais nacionais constituem parte integrante do SEBC, devendo atuar em conformidade com as orientações e instruções do BCE. O Conselho do BCE tomará as medidas adequadas para assegurar o cumprimento das orientações e instruções do BCE e pode exigir que lhe seja prestada toda a informação necessária.»
- 8 O artigo 39.º do referido protocolo dispõe:

«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].»

#### **Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades**

9 O preâmbulo do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades tem a seguinte redação:

«Considerando que, nos termos do artigo 343.º [TFUE] e do artigo 191.º [EA], a União Europeia e a [Comunidade Europeia da Energia Atómica] gozam, nos territórios dos Estados-Membros, das imunidades e privilégios necessários ao cumprimento da sua missão.»

10 O artigo 1.º desse protocolo dispõe:

«Os locais e as construções da União são invioláveis. Não podem ser objeto de busca, requisição, confisco ou expropriação. Os bens e haveres da União não podem ser objeto de qualquer medida coerciva, administrativa ou judicial, sem autorização do Tribunal de Justiça.»

11 O artigo 2.º do referido protocolo enuncia:

«Os arquivos da União são invioláveis.»

12 Nos termos do artigo 18.º do mesmo protocolo:

«Para efeitos da aplicação do presente Protocolo, as instituições da União cooperarão com as autoridades responsáveis dos Estados-Membros interessados.»

13 O artigo 22.º, primeiro parágrafo, do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades prevê o seguinte:

«O presente Protocolo é igualmente aplicável ao [BCE], aos membros dos seus órgãos e ao seu pessoal, sem prejuízo do disposto no Protocolo relativo [ao SEBC e ao BCE].»

#### **Antecedentes do litígio**

14 [...].

[...].

34 [...].

#### **Procedimento pré-contencioso e tramitação do processo no Tribunal de Justiça**

35 [...].

[...].

41 [...].

## Quanto à ação

### Quanto à primeira acusação, relativa à violação do princípio da inviolabilidade dos arquivos do BCE

#### *Argumentos das partes*

- 42 [...]   
 [...].   
 64 [...].

#### *Apreciação do Tribunal de Justiça*

- 65 A título preliminar, importa salientar que, na audiência, em resposta a uma pergunta do Tribunal de Justiça, a Comissão precisou que, embora, na sua ação, faça referência tanto à busca como à apreensão de documentos efetuadas pelas autoridades eslovenas nas instalações do Banco Central da Eslovénia em 6 de julho de 2016, esta ação, na realidade, visa apenas a apreensão de documentos.
- 66 A este respeito, a Comissão sustenta que, ao proceder de forma unilateral à apreensão de documentos nas instalações do Banco Central da Eslovénia em 6 de julho de 2016, as autoridades eslovenas violaram o princípio da inviolabilidade dos arquivos da União. Por conseguinte, há que examinar, em primeiro lugar, se os documentos apreendidos pelas autoridades eslovenas nessa ocasião incluíam documentos que faziam parte dos arquivos do BCE e, se assim for, em segundo lugar, se a apreensão desses documentos violou o princípio da inviolabilidade destes arquivos.
- *Quanto ao conceito de «arquivos da União»*
- 67 Nos termos do artigo 2.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades, os arquivos da União são invioláveis. A fim de verificar se, como sustenta a Comissão, a República da Eslovénia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força desse artigo, há que determinar previamente o alcance do conceito de «arquivos da União».
- 68 A título preliminar, no que respeita ao argumento da República da Eslovénia segundo o qual o conceito de «arquivos» deve ser interpretado por referência ao direito internacional, há que recordar que, diversamente dos tratados internacionais ordinários, os Tratados relativos à União Europeia instituíram, por ocasião da sua entrada em vigor, um ordenamento jurídico próprio integrado no sistema jurídico dos Estados-Membros (Despacho de 13 de julho de 1990, Zwartveld e o., C-2/88-IMM, EU:C:1990:315, n.º 15). Daqui resulta que o conceito de «arquivos da União» é um conceito autónomo do direito da União, distinto do que pode ser adotado pelas organizações e órgãos jurisdicionais internacionais ou pelo direito dos Estados-Membros.
- 69 Resulta da jurisprudência que esse conceito, em razão do seu carácter autónomo, deve ser entendido tendo em conta os seus termos, à luz do contexto e do objetivo prosseguido pela disposição em que esse conceito é utilizado (v., neste sentido, Acórdão de 19 de dezembro de 2019, Junqueras Vies, C-502/19, EU:C:2019:1115, n.º 62).
- 70 O termo «arquivos» designa habitualmente um conjunto de documentos, independentemente da sua data, forma ou suporte material, na posse de uma pessoa no exercício da sua atividade.

- 71 Todavia, no direito da União, o termo «arquivos» foi definido num contexto diferente do do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades, a saber, no artigo 1.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento (CEE, Euratom) n.º 354/83 do Conselho, de 1 de fevereiro de 1983, relativo à abertura ao público dos arquivos históricos da Comunidade Económica Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica (JO 1983, L 43, p. 1; EE 01 F4 p. 3), como o conjunto de documentos de qualquer natureza, independentemente da sua forma e suporte material, que tenham sido elaborados ou recebidos por uma das instituições, um dos órgãos ou um dos organismos, ou por um dos seus representantes ou agentes no exercício das suas funções e que digam respeito às atividades dessas Comunidades.
- 72 Esta definição do conceito de «arquivos» é pertinente para efeitos da interpretação do artigo 2.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades. Com efeito, nenhuma disposição deste protocolo se opõe a que seja tida em conta tal definição, contribuindo essa tomada em consideração para que o alcance deste conceito seja entendido de forma coerente no direito da União.
- 73 Quanto ao objetivo prosseguido pelo artigo 2.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades, resulta da jurisprudência que os privilégios e imunidades reconhecidos à União pelo Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades revestem caráter funcional, uma vez que visam evitar entraves ao funcionamento e à independência da União (Despacho de 13 de julho de 1990, Zwartveld e o., C-2/88-IMM, EU:C:1990:315, n.º 19; Acórdão de 18 de junho de 2020, Comissão/RQ, C-831/18 P, EU:C:2020:481, n.º 47). A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que o princípio da inviolabilidade dos arquivos da União podia, nomeadamente, ser invocado por um instituição da União para impedir a divulgação de informações contidas nos documentos que figuram nos arquivos da instituição em causa, se essa divulgação for suscetível de entrar o funcionamento e a independência dessa instituição, nomeadamente comprometendo o desempenho das atribuições que lhe são confiadas (v., neste sentido, Despacho de 6 de dezembro de 1990, Zwartveld e o., C-2/88-IMM, EU:C:1990:440, n.º 11).
- 74 Este objetivo de proteção comprova que os arquivos da União referidos no artigo 2.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades abrangem necessariamente qualquer documento relativo às atividades da União e das suas instituições, órgãos e organismos ou ao desempenho das atribuições destas entidades.
- 75 Resulta das considerações precedentes que o conceito de «arquivos da União», na aceção do artigo 2.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades, deve ser entendido como o conjunto de documentos de qualquer natureza, independentemente da sua data, forma e suporte material, que sejam elaborados ou recebidos pelas instituições, órgãos e organismos da União ou pelos seus representantes e agentes no exercício das suas funções e que digam respeito às atividades dessas entidades ou que estejam relacionados com o desempenho das suas atribuições.
- *Quanto ao alcance dos arquivos do BCE*
- 76 Tendo em conta que o BCE é uma instituição da União, resulta do artigo 2.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades, conforme interpretado no número anterior e lido em conjugação com o artigo 343.º TFUE, o artigo 39.º do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE e o artigo 22.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades, que o princípio da inviolabilidade dos arquivos da União se aplica aos arquivos do BCE.

- 77 Contudo, há que determinar se se pode considerar que os documentos que não se encontram na posse do BCE, mas de um banco central nacional, também fazem parte dos «arquivos do BCE».
- 78 A este respeito, há que considerar, em primeiro lugar, que, como salientou a advogada-geral no n.º 50 das suas conclusões, os arquivos da União não têm necessariamente de ser conservados nas instalações da instituição, órgão ou organismo em causa, sob pena de o âmbito de aplicação do artigo 2.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades e o do artigo 1.º do mesmo protocolo, que prevê a inviolabilidade das instalações e das construções da União, se confundirem a ponto de privar de efeito útil esse artigo 2.º Daqui resulta que o referido artigo 2.º abrange os arquivos de uma instituição da União, como o BCE, localizados noutras instalações que não as da União.
- 79 Em segundo lugar, há que recordar que resulta do artigo 282.º, n.º 1, TFUE, bem como dos artigos 1.º e 14.º-3 do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE, que o BCE e os bancos centrais nacionais dos Estados-Membros constituem o SEBC e que esses bancos centrais nacionais fazem parte integrante desse sistema. Daqui decorre, além disso, que o BCE e os bancos centrais nacionais dos Estados-Membros cuja moeda seja o euro, incluindo o Banco Central da Eslovénia, que constituem o Eurosistema, conduzem a política monetária da União.
- 80 Por força dos artigos 127.º, n.º 1, e 282.º, n.º 2, TFUE, o objetivo primordial do SEBC é a manutenção da estabilidade dos preços, como recorda o artigo 2.º do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE. Para este efeito, o artigo 127.º, n.º 2, TFUE prevê que as atribuições fundamentais cometidas ao SEBC compreendem, nomeadamente, a definição e execução da política monetária da União. Assim, estas atribuições incumbem não só ao BCE mas também, por intermédio do SEBC, aos bancos centrais nacionais, o que exige uma estreita cooperação entre o BCE e os últimos.
- 81 Importa igualmente recordar que, em conformidade com os artigos 129.º, n.º 1, e 282.º, n.º 2, TFUE e com o artigo 8.º do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE, o SEBC é dirigido pelos órgãos de decisão do BCE, incluindo o Conselho do BCE. O artigo 283.º, n.º 1, TFUE e o artigo 10.º-1 do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE preveem que os governadores dos bancos centrais nacionais dos Estados-Membros cuja moeda seja o euro são membros do Conselho do BCE. Por conseguinte, estes governadores, entre os quais o do Banco Central da Eslovénia, participam na adoção das decisões necessárias ao desempenho das atribuições do SEBC.
- 82 Além disso, em conformidade com o artigo 9.º-2 do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE, as atribuições cometidas ao SEBC são executadas quer pelo próprio BCE quer pelos bancos centrais nacionais.
- 83 Como o Tribunal de Justiça declarou, resulta destas disposições que o SEBC representa no direito da União uma construção jurídica original que associa e faz cooperar estreitamente instituições nacionais, a saber, os bancos centrais nacionais, e uma instituição da União, a saber, o BCE, e em que prevalece uma articulação diferente e uma distinção menos acentuada do ordenamento jurídico da União e dos ordenamentos jurídicos nacionais (Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, Rimšēvičs e BCE/Letónia, C-202/18 e C-238/18, EU:C:2019:139, n.º 69). Neste sistema muito integrado pretendido pelos autores dos Tratados em relação ao SEBC, os bancos centrais nacionais e os seus governadores têm um estatuto híbrido, uma vez que são, é certo, autoridades nacionais, mas autoridades que atuam no âmbito do SEBC, o qual, como foi

salientado no n.º 79 do presente acórdão, é constituído por estes bancos centrais nacionais e pelo BCE.

- 84 Como salientou a advogada-geral no n.º 54 das suas conclusões, para que o SEBC e o Eurosistema funcionem corretamente e desempenhem devidamente as suas atribuições, deve haver uma cooperação estreita e um permanente intercâmbio de informações entre o BCE e os bancos centrais nacionais que neles participam, o que implica necessariamente que documentos relacionados com o desempenho das atribuições do SEBC e do Eurosistema se encontrem na posse não só do BCE mas também dos bancos centrais nacionais.
- 85 Nestas circunstâncias, há que considerar que esses documentos estão abrangidos pelo conceito de «arquivos do BCE», mesmo que se encontrem na posse de bancos centrais nacionais, e não do próprio BCE. Com efeito, tendo em conta o caráter funcional que há que reconhecer ao princípio da inviolabilidade dos arquivos da União, conforme recordado no n.º 73 do presente acórdão, este princípio seria privado de efeito útil se não protegesse os documentos emitidos pelo BCE ou pelos bancos centrais nacionais e trocados entre estas entidades para o desempenho das atribuições do SEBC e do Eurosistema.
- 86 Esta conclusão não é posta em causa pelos outros argumentos invocados pela República da Eslovénia.
- 87 Primeiro, no que se refere à argumentação da República da Eslovénia segundo a qual a comunicação de um documento a um terceiro significa, em direito internacional, que já não se pode considerar que esse documento faz parte dos arquivos do Estado que procedeu a essa comunicação, há que salientar que, tendo em conta a estreita cooperação e as relações estruturais existentes entre o BCE e os bancos centrais nacionais no âmbito do sistema integrado constituído pelo SEBC, estes últimos não podem, como a advogada-geral salientou no n.º 56 das suas conclusões, ser considerados «terceiros» em relação ao BCE.
- 88 Segundo, quanto à argumentação da República da Eslovénia reproduzida no n.º 58 do presente acórdão, basta salientar que, no que diz respeito a documentos relacionados com o desempenho das atribuições do SEBC e do Eurosistema, a interpretação do conceito de «arquivos da União», conforme adotada no n.º 85 deste acórdão, se baseia nas relações especialmente estreitas que existem entre o BCE e os bancos centrais nacionais e que são descritas nos n.ºs 83 e 84 do presente acórdão.
- 89 Terceiro, nenhum elemento de facto ou de direito permite considerar que essa interpretação poderia criar problemas insuperáveis às autoridades de um Estado-Membro que desejassem proceder, no âmbito de um processo conduzido a nível nacional e com base no direito desse Estado-Membro, à apreensão de documentos nas instalações de um banco central, pelo que essa apreensão não se podia limitar aos documentos não relacionados com o desempenho das atribuições do SEBC e do Eurosistema.

– Quanto à violação do princípio da inviolabilidade dos arquivos do BCE

- 90 No que respeita à questão de saber se a apreensão de documentos efetuada pelas autoridades eslovenas em 6 de julho de 2016 nas instalações do Banco Central da Eslovénia constituía uma violação do princípio da inviolabilidade dos arquivos do BCE, há que salientar que tal violação só pode ser declarada se, por um lado, a apreensão de documentos pertencentes a arquivos da União decidida unilateralmente por autoridades nacionais puder constituir tal violação e se, por

outro, os documentos apreendidos no caso em apreço incluíssem efetivamente documentos que deviam ser considerados como fazendo parte dos arquivos do BCE.

- 91 Em primeiro lugar, há que salientar que, como a Comissão alega na sua petição, o conceito de «inviolabilidade» na aceção do artigo 2.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades implica uma proteção contra qualquer ingerência unilateral dos Estados-Membros. Como a advogada-geral salientou nos n.ºs 67 e 68 das suas conclusões, tal é confirmado pelo facto de este conceito, que também figura no artigo 1.º do protocolo, ser descrito como uma proteção contra qualquer medida de busca, requisição, confisco ou expropriação.
- 92 Por conseguinte, deve considerar-se que a apreensão unilateral, por autoridades nacionais, de documentos pertencentes aos arquivos da União constitui uma violação do princípio da inviolabilidade desses arquivos da União.
- 93 Em segundo lugar, há que recordar que, segundo jurisprudência constante relativa ao ónus da prova no âmbito de um processo por incumprimento nos termos do artigo 258.º TFUE, incumbe à Comissão demonstrar a existência do incumprimento alegado. É a esta última que cabe apresentar ao Tribunal de Justiça os elementos necessários para que este possa verificar a existência desse incumprimento, não podendo fundar-se numa qualquer presunção [v., designadamente, Acórdãos de 27 de abril de 2006, Comissão/Alemanha, C-441/02, EU:C:2006:253, n.º 48, e de 5 de setembro de 2019, Comissão/Itália (Bactéria *Xylella fastidiosa*), C-443/18, EU:C:2019:676, n.º 78].
- 94 No caso em apreço, há que constatar que a Comissão reconheceu que não dispunha de informações precisas sobre a natureza dos documentos apreendidos pelas autoridades eslovenas nas instalações do Banco Central da Eslovénia em 6 de julho de 2016, pelo que não podia determinar se se devia considerar que uma parte desses documentos pertencia aos arquivos da União. Na audiência, a Comissão explicou a este propósito, sem ser contradita pela República da Eslovénia, que os referidos documentos continuavam na posse das autoridades eslovenas.
- 95 Todavia, importa recordar que, como foi salientado no n.º 17 do presente acórdão, os documentos apreendidos pelas autoridades eslovenas incluíam todas as comunicações efetuadas através da conta de correio eletrónico do governador, todos os documentos eletrónicos que, independentemente do seu conteúdo, estavam presentes no posto de trabalho e no computador portátil deste último, relativos ao período compreendido entre 2012 e 2014, e documentos, relativos ao mesmo período, que estavam no gabinete do governador. As autoridades eslovenas também apreenderam todos os documentos eletrónicos que estavam gravados no servidor informático do Banco Central da Eslovénia, relativos ao período compreendido entre 2012 e 2014, que tinham que ver com o governador.
- 96 Ora, tendo em conta, por um lado, o número elevado de documentos assim apreendidos e, por outro, as funções que o governador de um banco central nacional, como o Banco Central da Eslovénia, é chamado a exercer no âmbito do Conselho do BCE e, por conseguinte, no âmbito do SEBC e do Eurosistema, os documentos apreendidos pelas autoridades eslovenas incluíram necessariamente documentos que fazem parte dos arquivos do BCE. Além disso, há que salientar que a República da Eslovénia não alega que os documentos apreendidos são exclusivamente documentos que não pertencem a esta categoria de documentos.

- 97 Nestas circunstâncias, pode considerar-se demonstrado que o material e os documentos apreendidos pelas autoridades eslovenas nas instalações do Banco Central da Eslovénia em 6 de julho de 2016 incluíram documentos que fazem parte dos arquivos do BCE.
- 98 Ora, uma vez que o artigo 2.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades prevê expressamente que os arquivos da União são invioláveis, as autoridades eslovenas, ao apreenderem esses documentos de forma unilateral, violaram o princípio da inviolabilidade dos arquivos do BCE.
- 99 Esta conclusão não é posta em causa pelos argumentos invocados pela República da Eslovénia.
- 100 Primeiro, embora seja certo que os privilégios e imunidades da União revestem caráter funcional, como foi recordado no n.º 73 do presente acórdão, isso não significa que a instituição em causa, ou, no âmbito de uma ação por incumprimento nos termos do artigo 258.º TFUE, a Comissão, deva provar que a divulgação de determinados documentos implica entraves ao funcionamento e à independência da União, para que a apreensão desses documentos, efetuada de forma unilateral pelas autoridades de um Estado-Membro, possa ser considerada ilegal. Com efeito, esta interpretação seria manifestamente contrária tanto à letra como ao objetivo do artigo 2.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades, nos termos do qual «[o]s arquivos da União são invioláveis».
- 101 É certo que o princípio da inviolabilidade dos arquivos da União não significa que os documentos que figuram nesses arquivos sejam, em qualquer caso, inacessíveis às autoridades dos Estados-Membros. Com efeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, tendo em conta o seu caráter funcional, os privilégios e imunidades da União não permitem às instituições da União deixar de cumprir a obrigação de cooperação leal com as autoridades nacionais (v., neste sentido, Despacho de 13 de julho de 1990, Zwartveld e o., C-2/88-IMM, EU:C:1990:315, n.ºs 19 e 21).
- 102 Para ter acesso a documentos que figuram nos arquivos da União, as autoridades nacionais necessitam do consentimento da instituição em causa ou, no caso de recusa de acesso, de uma decisão de autorização do juiz da União que obrigue essa instituição a dar acesso aos seus arquivos. Com efeito, no caso de as autoridades nacionais optarem por proceder unilateralmente, seria desprovido de sentido não sujeitar o acesso a esses documentos ao consentimento da instituição em causa ou à autorização do juiz da União, dado que esse consentimento ou essa autorização permite garantir a função da inviolabilidade dos arquivos da União, a saber, evitar entraves injustificados ao funcionamento e à independência desta última.
- 103 Segundo, é certo que, como alega a República da Eslovénia, embora constituindo um interesse público legítimo, a imunidade funcional das organizações internacionais não é absoluta e deve ser conciliada com os outros direitos e interesses públicos, nomeadamente o princípio do Estado de direito e, mais especificamente, a necessidade de garantir a independência e a imparcialidade da instrução e do julgamento das infrações penais e de evitar a impunidade das pessoas objeto de inquéritos penais, em especial dos governadores dos bancos centrais nacionais, que são enormemente beneficiados devido à relação estreita que mantêm com o BCE.
- 104 Todavia, além do facto de a existência de privilégios e imunidades em benefício de organizações internacionais e das suas instituições não ser, por si só, contrária ao princípio do Estado de direito, o artigo 2.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades opõe-se, em princípio, à

apreensão de documentos pela autoridade de um Estado-Membro, quando estes façam parte dos arquivos da União e as instituições em causa não tenham consentido nessa apreensão.

- 105 Além disso, há que salientar que o facto de interpretar as regras da União em causa no sentido de que as autoridades de um Estado-Membro não têm o direito de proceder unilateralmente, nas instalações de um banco central nacional, à apreensão de documentos pertencentes aos arquivos do BCE não leva a deixar impunes as pessoas visadas pelo inquérito penal nem a tornar excessivamente difícil, ou mesmo impossível, a condução de inquéritos penais no território dos Estados-Membros. Com efeito, ainda que uma apreensão unilateral, pelas autoridades de um Estado-Membro, de documentos que figuram nos arquivos da União seja excluída pelo direito da União, importa recordar que essas autoridades têm a faculdade de se dirigir à instituição da União em causa para que esta levante a inviolabilidade dos documentos em causa, sendo caso disso sob condições.
- 106 Importa igualmente sublinhar que a proteção dos arquivos da União, prevista no artigo 2.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades, não se opõe de modo algum a que as autoridades nacionais procedam à apreensão, nas instalações de um banco central de um Estado-Membro, de documentos que não pertencem aos arquivos da União.
- 107 É certo que não se pode excluir inteiramente que a necessidade de pedir ao BCE que ponha à disposição das autoridades de um Estado-Membro documentos pertencentes aos seus arquivos, mas que se encontram na posse de um banco central nacional, possa ter consequências negativas num inquérito penal conduzido pelas autoridades nacionais, no que respeita ao acesso dessas autoridades a outros documentos também na posse desse banco central nacional e que não pertencem aos arquivos do BCE, mas que podem ser pertinentes para o inquérito em causa. Todavia, no caso em apreço, como salientou a advogada-geral, em substância, no n.º 81 das suas conclusões, não se afigura que a apreensão de documentos a que as autoridades eslovenas procederam em 6 de julho de 2016 tenha exigido um elemento de surpresa, dado que essas autoridades já antes tinham pedido, por diversas vezes, ao Banco Central da Eslovénia informações relativas ao seu inquérito.
- 108 Terceiro, não pode ser acolhido o argumento segundo o qual não há violação do princípio da inviolabilidade dos arquivos da União pelo facto de que, de entre os documentos apreendidos, os que fazem parte dos arquivos do BCE não são pertinentes para a tramitação do processo penal em curso na Eslovénia, isto porque, como resulta do n.º 104 do presente acórdão, a violação desse princípio deve ser declarada se, independentemente do objetivo prosseguido pela apreensão, os elementos materiais constitutivos da proteção visada pelo referido princípio estiverem preenchidos.
- 109 Quarto, para justificar a violação do princípio da inviolabilidade dos arquivos da União, a República da Eslovénia não pode alegar que o BCE tinha a obrigação de identificar claramente os seus arquivos e de tomar medidas para os proteger. A proteção conferida aos arquivos pelo Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades não pressupõe que os documentos pertencentes a esses arquivos sejam prévia e claramente identificados.
- 110 Resulta do que precede que a primeira acusação da Comissão deve proceder.

**Quanto à segunda acusação, relativa à violação da obrigação de cooperação leal**

Argumentos das partes

- 111 Com a sua segunda acusação, a Comissão, apoiada pelo BCE, alega que a República da Eslovénia não cumpriu a sua obrigação de cooperação leal nos termos do artigo 18.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades e do artigo 4.º, n.º 3, TUE. Em substância, a Comissão critica as autoridades eslovenas por não terem cooperado suficientemente com o BCE, quer antes quer depois da busca e da apreensão dos documentos a que procederam, de modo a conciliar o princípio da inviolabilidade dos arquivos do BCE com o inquérito conduzido a nível nacional.
- 112 Segundo a Comissão, o princípio da cooperação leal exigia que as autoridades eslovenas cooperassem com o BCE para, primeiro, determinar os documentos que estavam protegidos pelo Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades e os que não estavam, segundo, identificar, de entre os documentos protegidos, os que poderiam ser pertinentes para o inquérito penal nacional e, terceiro, permitir ao BCE decidir, no caso dos documentos que eram potencialmente pertinentes, se a proteção devia ser levantada ou se, pelo contrário, não o podia ser por motivos relacionados com o funcionamento e a independência do BCE.
- 113 Ora, no que se refere ao período anterior à busca e à apreensão de documentos, as autoridades eslovenas não estabeleceram nenhum diálogo com o BCE nem com o Banco Central da Eslovénia sobre a forma de preservar o princípio da inviolabilidade dos arquivos da União. No que respeita ao período posterior à busca e à apreensão de documentos, as autoridades eslovenas, por um lado, continuaram a rejeitar a interpretação segundo a qual documentos que se encontrem na posse dos bancos centrais nacionais podem constituir arquivos do BCE e, por outro, recusaram encetar um debate construtivo para proteger os documentos dessa categoria que tinham sido apreendidos.
- 114 A República da Eslovénia sustenta que cumpriu a sua obrigação de cooperação leal.
- 115 Primeiro, as autoridades eslovenas não violaram os arquivos do BCE nem prejudicaram o funcionamento e a independência deste. Em todo o caso, o artigo 4.º, n.º 3, TUE não pode ser interpretado no sentido de que prevê uma «obrigação autónoma» a cargo dos Estados-Membros, que vai além das obrigações que lhes podem incumbir por força dessas disposições precisas do direito da União.
- 116 Segundo, o procurador do Estado pediu, ao longo de toda a instrução, que os documentos apreendidos fossem tratados com «extrema precaução», a fim de ficarem acessíveis a um número de investigadores o mais restrito possível e de o risco de divulgação ser reduzido ao mínimo. Por outro lado, apesar de tal não estar previsto no direito nacional, o procurador do Estado permitiu que representantes do BCE estivessem presentes no processo de realização de cópias de segurança desses documentos. Além disso, estava disposto a que os documentos apreendidos que, no entender do BCE, faziam parte dos seus arquivos pudessem ser consultados por este último, no termo da instrução, nas instalações do Ministério Público.
- 117 Por outro lado, o BCE só respondeu ao pedido do procurador do Estado para apresentar os critérios que permitiam identificar, de entre os documentos apreendidos pelas autoridades eslovenas, aqueles que, segundo o BCE, faziam parte dos seus arquivos, em 13 de fevereiro de 2018, isto é, «com um atraso considerável».
- 118 Terceiro, supondo que a República da Eslovénia não iniciou um debate construtivo com o BCE, a Comissão não demonstrou que esta circunstância tinha posto em perigo o estabelecimento de uma união económica e monetária e a manutenção da estabilidade dos preços na União.

## Apreciação do Tribunal de Justiça

- 119 Segundo jurisprudência constante, resulta do princípio da cooperação leal, consagrado no artigo 4.º, n.º 3, TUE, que os Estados-Membros são obrigados a adotar todas as medidas adequadas para garantir o alcance e a eficácia do direito da União (Acórdão de 31 de outubro de 2019, Comissão/Países Baixos, C-395/17, EU:C:2019:918, n.º 95 e jurisprudência referida). Nos termos do artigo 18.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades, que precisa, a este respeito, o princípio consagrado no artigo 4.º, n.º 3, TUE, as instituições da União e as autoridades dos Estados-Membros são obrigadas a cooperar a fim de evitar qualquer conflito na interpretação e na aplicação das disposições deste protocolo (v., neste sentido, Acórdão de 21 de outubro de 2008, Marra, C-200/07 e C-201/07, EU:C:2008:579, n.ºs 41 e 42).
- 120 No que respeita ao período anterior à apreensão dos documentos efetuada pelas autoridades eslovenas em 6 de julho de 2016 nas instalações do Banco Central da Eslovénia, há que constatar que, como salientou a advogada-geral no n.º 94 das suas conclusões, a segunda acusação formulada pela Comissão coincide com a primeira, uma vez que visa o mesmo comportamento. Com efeito, através da primeira acusação, a Comissão critica precisamente as autoridades eslovenas por terem procedido de forma unilateral, e, portanto, sem terem consultado previamente o BCE, à apreensão de documentos nas instalações do Banco Central da Eslovénia.
- 121 Ora, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que um incumprimento da obrigação geral de cooperação leal que decorre do artigo 4.º, n.º 3, TUE é distinto de um incumprimento das obrigações específicas nas quais esta se manifesta. Por conseguinte, esse incumprimento só pode ser declarado na medida em que vise comportamentos distintos dos que constituem uma violação destas obrigações específicas (v., neste sentido, Acórdão de 30 maio de 2006, Comissão/Irlanda, C-459/03, EU:C:2006:345, n.ºs 169 a 171).
- 122 Por conseguinte, no que se refere ao período anterior à apreensão dos documentos efetuada em 6 de julho de 2016, não há que declarar um incumprimento das obrigações gerais previstas no artigo 4.º, n.º 3, TUE e no artigo 18.º do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE distinto do incumprimento já declarado das obrigações mais específicas que incumbiam à República da Eslovénia por força do artigo 2.º deste protocolo.
- 123 No que se refere ao período posterior à apreensão dos documentos, há que recordar que, como decorre dos números anteriores do presente acórdão, esta apreensão constitui uma violação do direito da União, na medida em que os documentos apreendidos incluíam necessariamente documentos relacionados com o desempenho das atribuições do SEBC e do Eurosistema.
- 124 Ora, resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que, por força do princípio da cooperação leal previsto no artigo 4.º, n.º 3, TUE, os Estados-Membros são obrigados a eliminar as consequências ilícitas de uma violação do direito da União e essa obrigação incumbe, no âmbito das suas competências, a cada órgão do Estado-Membro em causa (Acórdão de 27 de junho de 2019, Belgisch Syndicaat van Chiropraxie e o., C-597/17, EU:C:2019:544, n.º 54 e jurisprudência referida).
- 125 É certo que a obrigação de cooperação leal tem, por natureza, caráter recíproco (Acórdão de 16 de outubro de 2003, Irlanda/Comissão, C-339/00, EU:C:2003:545, n.º 72). Por conseguinte, incumbia ao BCE prestar assistência às autoridades eslovenas para que estas pudessem corrigir,

tanto quanto possível, as consequências ilícitas da apreensão dos documentos que tinham efetuado em 6 de julho de 2016 nas instalações do Banco Central da Eslovénia.

- 126 Todavia, para permitir ao BCE cooperar utilmente com as autoridades eslovenas a este respeito, era indispensável que estas permitissem ao BCE identificar, de entre os documentos apreendidos em 6 de julho de 2016, os que estavam relacionados com o desempenho das atribuições do SEBC e do Eurosistema. Ora, é pacífico que, no termo do prazo fixado no parecer fundamentado, as autoridades eslovenas não tinham permitido ao BCE proceder a essa identificação. É igualmente pacífico que, nessa data, as autoridades eslovenas não tinham devolvido esses documentos ao Banco Central da Eslovénia, apesar de, na audiência, a República da Eslovénia ter esclarecido que esses documentos não eram pertinentes para o processo penal em curso nesse Estado-Membro.
- 127 É verdade que o BCE não conseguiu dar uma explicação convincente para justificar o atraso com que respondeu ao pedido do procurador do Estado para que lhe propusesse os critérios que permitiam identificar, de entre os documentos apreendidos pelas autoridades eslovenas, os que, segundo o BCE, faziam parte dos seus arquivos. Todavia, há que salientar que, mesmo após terem recebido tal proposta, as autoridades eslovenas não tomaram medidas para permitir ao BCE identificar os documentos relacionados com o desempenho das atribuições do SEBC e do Eurosistema que tinham sido apreendidos pelas autoridades eslovenas em 6 de julho de 2016 nas instalações do Banco Central da Eslovénia. É igualmente pacífico que essas autoridades não aceitaram o pedido do BCE, apresentado na sua resposta de 13 de fevereiro de 2018 e que acompanhava a sua proposta de critérios para permitir a identificação dos documentos que faziam parte dos seus arquivos, de devolver ao Banco Central da Eslovénia todos os documentos que considerassem desprovidos de pertinência para o inquérito em causa.
- 128 Nestas circunstâncias, o facto de as autoridades eslovenas terem tomado medidas para assegurar a manutenção da confidencialidade dos documentos apreendidos em 6 de julho de 2016 nas instalações do Banco Central da Eslovénia não põe em causa a conclusão segundo a qual estas autoridades não cumpriram, no caso em apreço, a sua obrigação de cooperação leal com o BCE. O mesmo se diga da circunstância, salientada pela República da Eslovénia, de que o inquérito conduzido pelas autoridades eslovenas não era suscetível de pôr em perigo o estabelecimento de uma união económica e monetária e a manutenção da estabilidade dos preços na União, uma vez que esta circunstância não é pertinente para o dever que recai sobre as autoridades eslovenas, em conformidade com o que foi recordado no n.º 124 do presente acórdão, de eliminar as consequências ilícitas da violação dos arquivos do BCE que cometeram quando da apreensão de documentos efetuada em 6 de julho de 2016.
- 129 Resulta do exposto que, no que respeita ao período posterior à apreensão controvertida, as autoridades eslovenas não cumpriram a sua obrigação de cooperação leal com o BCE e que, por conseguinte, a segunda acusação da Comissão deve ser julgada procedente.
- 130 Tendo em conta todas as considerações precedentes, há que declarar que, ao proceder unilateralmente à apreensão de documentos relacionados com o desempenho das atribuições do SEBC e do Eurosistema, nas instalações do Banco Central da Eslovénia, e, no que se refere ao período posterior a esta apreensão, ao não cooperar lealmente com o BCE a este respeito, a República da Eslovénia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 343.º TFUE, do artigo 39.º do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE, dos artigos 2.º, 18.º e 22.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades e do artigo 4.º, n.º 3, TUE.

### Quanto às despesas

131 [...],

...]

133 [...]

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) decide:

- 1) Ao proceder unilateralmente à apreensão de documentos relacionados com o desempenho das atribuições do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Eurosistema, nas instalações do Banka Slovenije (Banco Central da Eslovénia), e, no que se refere ao período posterior a esta apreensão, ao não cooperar lealmente com o Banco Central Europeu a este respeito, a República da Eslovénia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 343.º TFUE, do artigo 39.º do Protocolo (n.º 4) relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu, dos artigos 2.º, 18.º e 22.º do Protocolo (n.º 7) relativo aos Privilégios e Imunidades da União Europeia e do artigo 4.º, n.º 3, TUE.
- 2) [...]
- 3) [...]

