APB ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BANCOS

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA
Divisão de Apoio às Comissões
COFAP
Nº Único 457003
Entrada/Saída nº 152 Data 13/2/2013

Por Protocolo

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de
Orçamento, Finanças e Administração Pública da
Assembleia da República
Palácio de S. Bento
1249-068 Lisboa

S/Ref.ª N/Proc. 06.10.01 N/Ref.ª 91/2013 Lisboa, 13/02/2013

Assunto: **Proposta de Lei nº 127/XII/2ª (GOV)**

Exmo. Senhor Deputado Eduardo Cabrita,

Em resposta à sua mensagem do passado dia 6 de Fevereiro, que agradecemos, vimos transmitir a posição da Associação Portuguesa de Bancos relativa à Proposta de Lei nº 127/XII/2ª (GOV), de alteração à Lei nº 63-A/2008, de 24 de Novembro.

Como consta do documento junto e é desenvolvido no Parecer elaborado pela Sociedade de Advogados Sérvulo & Associados, que igualmente anexamos, suscitam-se justificadas dúvidas sobre a necessidade, o acerto, a constitucionalidade e a conformidade com o direito europeu de várias das medidas constantes da Proposta de Lei em apreço.

Constitui especial motivo de discordância e preocupação a possibilidade, contemplada na Proposta de Lei, de a recapitalização pública ocorrer sem prévio recurso aos regimes de intervenção e resolução previstos no RGIC e de não carecer de aprovação dos accionistas.

Denominação social: Associação Portuguesa de Bancos | Sede Social: Av. da República, 35 - 5º | 1050-186 Lisboa - Portugal | Nº de Contribuinte 501549110

Igual preocupação nos suscita a forma, demasiado vaga e imprecisa, como a Proposta de Lei regula o regime da recapitalização pública, sem que sejam indicadas as circunstâncias concretas que poderão justificar a sua aplicação nem garantida a natureza temporária, excepcional e de último recurso da intervenção do Estado.

Desde já manifestamos a nossa disponibilidade para prestar à Comissão a que V. Exa. preside todos os esclarecimentos que possam ser considerados úteis.

Com os melhores cumprimentos, de muita consideração

Fernando Faria de Oliveira
Presidente

Anexos: 2

Comentários da Associação Portuguesa de Bancos à Proposta de Lei n.º 127/XII/2ª (GOV)

Fundamento para a pretendida modificação da Lei n.º 63-A/2008

A Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre resolução e recuperação de instituições de crédito não prevê a possibilidade de recapitalização das instituições com recurso ao investimento público e, muito menos, a recapitalização obrigatória.

Pelo contrário, e de acordo com a referida Proposta de Directiva, o recurso a medidas de intervenção correctiva e de resolução deve pautar-se segundo o princípio estruturante de que as perdas são suportadas, em primeira linha, pelos accionistas e pelos credores da instituição, não devendo o risco dessas perdas ser transferido para os contribuintes, o que apenas fomentaria situações de *moral hazard*.

Princípio este que também se encontra estabelecido nas orientações da União Europeia relativas aos auxílios estatais, que determinam que os "*beneficiários*" (i.e. accionistas) deverão, tanto quanto possível, "*contribuir com meios próprios*" no esforço de recapitalização (Ponto 38 da Comunicação da Comissão 2008/C 270/02 de 13.10.2008). Ora, o recurso ao investimento público elimina por completo a possibilidade dos beneficiários participarem nesse esforço.

As alterações constantes da Proposta de Lei são divergentes do entendimento existente a nível comunitário.

A complexa articulação com o regime de resolução

A Proposta de Lei em apreço prevê a possibilidade de a administração provisória da instituição visada ou mesmo o Banco de Portugal proporem ao Ministro das Finanças a realização de uma operação de capitalização.

No entanto, o Diploma não determina de forma satisfatória as circunstâncias que poderão justificar a apresentação de uma tal proposta, devendo ser definidos, com maior precisão, os pressupostos qualitativos (ex. inobservância continuada de regras que constitua uma ameaça do sistema financeiro ou situações que indiciem um desequilíbrio financeiro irreversível) e quantitativos (ex. preterição de rácios e requisitos prudenciais) que justificam a realização de uma recapitalização.

Também não está clarificado se a expressão *"situação de urgência inadiável"*, constante do artigo 16.º, n.º 9, se reporta à situação que afecta apenas a entidade visada ou ao sistema financeiro nacional no seu todo.

Por outro lado, os fundamentos, constantes da exposição de motivos, para uma recapitalização obrigatória - *"situações excepcionais que sejam susceptíveis de constituir uma ameaça para a estabilidade financeira"*, são também os que possibilitam o exercício dos poderes de resolução (cfr. arts 139.º, n.º 1 e 145.º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito).

Esta coincidência de fundamentos dificulta a compreensão sobre o modo como se deve articular o regime da recapitalização com os regimes de intervenção e resolução previstos no RGIC, os quais foram concebidos de modo a que seja possível a intervenção nas entidades visadas, reduzindo os custos para o erário público e a possível disrupção do mercado e do sistema financeiro.

Tal não se verifica na recapitalização pública, sobretudo no caso em que é possível ao Estado o exercício dos direitos de voto e a assunção, por este, do risco inerente.

Como tal, deveria ficar expressamente consagrado na Lei que o recurso à recapitalização, nomeadamente a obrigatória, apenas deverá ser possível em situações em que se demonstre que o exercício de poderes de intervenção correctiva ou de resolução não produziu efeitos ou não se mostra adequado para resolver os problemas que afectam a instituição.

Em particular, o recurso à recapitalização pública, seja em que modalidade for, apenas deverá ser possível quando estejam já esgotadas as soluções que passem pela injecção, total ou parcial, de capitais privados na instituição visada.

Recapitalização: sujeição ao princípio de reserva de lei

A realização de uma operação de capitalização obrigatória com recurso ao investimento público configurará, em qualquer caso, uma intervenção gravemente restritiva do direito de propriedade dos accionistas da instituição abrangida, direito fundamental consagrado no artigo 62.º da Constituição, de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e, como tal, qualquer restrição ao mesmo terá de ter um carácter muito limitado (artigos 17.º e 18.º, n.os 2 e 3, da Constituição).

Uma operação de capitalização corresponde, na prática, a uma *nacionalização* ou, pelo menos, a uma *intervenção pública na titularidade ou gestão de meios de produção*.

A Constituição, nos seus artigos 83.º e 165.º, n.º 1, alínea *l)*, regula este tipo de actuações do Estado, submetendo-as à observância do princípio da reserva de lei, da prossecução do interesse público e do respeito pelo princípio da proporcionalidade.

Deste modo, a realização de uma operação de capitalização não pode ser determinada apenas por acto administrativo (Despacho do membro do Governo responsável pela área das finanças), conforme previsto na redacção proposta para o artigo 16.º, n.º 6 da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de Novembro.

Além disso, a Proposta em apreço deverá ainda prever a densificação de todos os elementos e condições da operação a realizar – como, aliás, dispõe a Lei-Quadro das Nacionalizações –, pois, sem isso, a exigência de reserva de lei não será efectivamente cumprida.

Por último, o recurso a essa solução deve ter carácter absolutamente excepcional, o que significa que, antes da realização de uma capitalização obrigatória, deverá ser possível aos accionistas apresentarem um plano de recapitalização ajustado aos seus interesses e capacidades e ser-lhes dada uma oportunidade efectiva para o seu cumprimento, nomeadamente concedendo-lhes um prazo razoável para o efeito.

Nos casos de urgência inadiável, deverá sempre optar-se pela adopção de medidas provisórias susceptíveis de reponderação e alteração.

Direitos de voto do Estado: não conformidade com o regime europeu dos auxílios estatais

Contrariamente ao que é indicado na Proposta, não decorre do regime dos auxílios estatais constante do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigos 107.º e 108.º) qualquer necessidade de exercício pelo Estado de "domínio ou controlo" sobre as instituições de crédito que sejam objecto de operações de capitalização com recurso ao investimento público.

Nos termos da Proposta, a capitalização com investimento público será realizada sem precedência de notificação e aprovação pela Comissão Europeia as quais, porém, são indispensáveis para lhe conferir legitimidade à luz do ordenamento jurídico da União.

Pelo contrário, o regime dos auxílios estatais[1] prevê a possibilidade de os Estados membros *"subscreverem acções sem direito de voto"*, mas não a expropriação dos privados e a assunção pelo Estado do controlo pleno da actividade empresarial em causa.

Em suma, o direito da União Europeia assenta na ideia de que os auxílios de Estado devem ser proporcionais e concebidos de modo a minimizar repercussões negativas, sendo certo que a concentração, ainda que temporária, do controlo no Estado de várias instituições financeiras poderá afectar negativamente a concorrência no mercado e não é necessária para alcançar os objectivos da intervenção pública.

A recapitalização de instituições de crédito pode assentar, como já aconteceu, através da subscrição de instrumentos de capital contingentes, que constitui uma alternativa de enorme importância, porquanto evita o estigma de uma nacionalização e, dessa forma, favorece o surgimento de investidores privados e potencia uma regeneração precoce das instituições intervencionadas. Neste contexto, deverá ser mantida a regra que proíbe o Estado de exercer o domínio nas instituições intervencionadas, a qual a Proposta pretende revogar com a eliminação da 2ª parte do n.º 2 do artigo 2.º.

Impossibilidade de reaquisição de acções em situações de incumprimento

O disposto no artigo 16.º-A, n.º 1, alínea d) da Proposta tem um objectivo essencialmente punitivo, que se traduz numa limitação adicional aos direitos privados dos accionistas, ao vedar-lhes a faculdade de aquisição das acções de que o Estado seja titular em caso de incumprimento materialmente relevante do plano de recapitalização.

Imputar um juízo de censura aos titulares de participações sociais em instituições de crédito, que justifique a aplicação automática desta sanção, afigura-se desproporcionado e excessivo. Tal sacrifício é ainda mais violento quando se observa que as capitalizações propostas, tanto pela administração provisória, como directamente pelo Banco de Portugal, não são submetidas ao crivo accionista.

Por outro lado, a Proposta de Lei não indica se a impossibilidade de reaquisição de acções é definitiva ou apenas vigora enquanto subsistir a situação de incumprimento, sendo este último entendimento o que, se nos afigura, dever prevalecer.

---

[1] *Comunicação da Comissão sobre a aplicação, a partir de 1 de Janeiro de 2012, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira*, JO, C 356, de 6.12.2011.

Preterição de procedimentos legais e estatutários

De acordo com a Proposta, uma capitalização obrigatória pode ser efectuada sem que a assembleia geral da entidade seja consultada para os efeitos de (i) aprovar a capitalização; (ii) aprovar o eventual aumento do capital social; e (iii) permitir o exercício de direito de subscrição preferencial pelos accionistas.

A preterição das atribuições da assembleia geral, bem como dos direitos dos accionistas são incompatíveis com o regime da Terceira Directiva em matéria societária (Directiva 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012), designadamente com os seus artigos 29.º e 33.º.

Sobre esta matéria o Tribunal de Justiça da União Europeia já se havia pronunciado, no contexto de anteriores versões da mesma Directiva, considerando que o regime nela estabelecido é aplicável mesmo em situações de insolvência iminente de entidades de importância estratégica e pertencentes a sectores especialmente sensíveis, como os da banca e dos seguros[2].

A preterição dos procedimentos legais e estatutários é pois contrária à legislação europeia vigente, podendo sujeitar o Estado Português a acções por incumprimento.

[2] Acórdão *Panagis Pafitis* v. *Trapeza Kentrikis Ellados AE*, C-441/93, com base na Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976. Acórdão *Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklissias* v. *Greek State*, C-381/89, para a versão anterior.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

PARECER

A PROPOSTA DE SEXTA REFORMULAÇÃO DO QUADRO LEGISLATIVO SOBRE RECAPITALIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO

SUMÁRIO PRELIMINAR

JANEIRO 2013

Rua Garrett, n.º 64 1200-204 Lisboa - Portugal Tel: (+351) 21 093 30 00 Fax: (+351) 21 093 30 01/02
geral@servulo.com www.servulo.com

§1.º
CONSULTA

1. A Associação Portuguesa de Bancos (adiante "**APB**") solicitou-nos, com carácter de urgência, um Parecer de Direito sobre um recente anteprojeto de Proposta de Lei sobre a revisão da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, relativa à recapitalização de instituições de crédito.

2. Pretende-se nomeadamente avaliar, no plano jurídico, a necessidade das medidas legislativas em preparação e a sua conformidade com os princípios constitucionais e europeus vigentes. Foi-nos ainda solicitado que, caso detetemos propostas sensíveis ou problemáticas no plano da sua conformidade com limites constitucionais ou europeus, contribuamos com propostas legislativas alternativas.

3. O presente documento sintetiza as conclusões principais alcançadas e que serão desenvolvidas no Parecer, a finalizar a breve trecho. Nesse Parecer serão também incluídas sugestões concretas de articulados alternativos, a concretizar as observações e as sugestões abaixo formuladas.

I. ENQUADRAMENTO

1.1 ANTECEDENTES; A NECESSIDADE DE ESTABILIDADE LEGISLATIVA NESTA ÁREA

1. Aprovado originariamente em 2008, através da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, o regime legislativo sobre reforço da solidez das instituições de crédito já mereceu diversas alterações. As modificações ao diploma foram introduzidas designadamente através da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, da Lei n.º 4/2012, de 11 de janeiro e da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro. Computam-se, assim, cinco alterações já aprovadas ao regime vertente, o que faz com que a projetada modificação seja a sexta (e não a quinta) alteração a ser consagrada no espaço de cinco anos.

2. Esta acelerada cadência de modificações à disciplina de recapitalização das instituições de crédito mostra-se claramente insatisfatória, dado estarem em causa planos de reestruturação com um horizonte temporal alargado e que envolvem montantes avultados. A descrita flutuação legislativa fomenta uma estrutural incerteza sobre a estabilidade das soluções acolhidas aos olhos dos aforradores, das instituições, dos acionistas, de potenciais investidores (nacionais e estrangeiros) e do público em geral.

1.2 O DESENVOLVIMENTO RECENTE DO REGIME PORTUGUÊS PARA REFORÇO DA ESTABILIDADE DO SISTEMA BANCÁRIO

3. Para contextualizar a apreciação das medidas propostas, importa frisar que o atual quadro legislativo já se revelou apto para servir de base à aprovação de quatro operações de recapitalização de bancos.

4. Além disso, o ordenamento jurídico nacional mereceu um desenvolvimento recente, no sentido do reforço substancial da estabilidade do sistema financeiro, nomeadamente no quadro das exigências do Memorando de Entendimento celebrado entre o Estado português, o FMI, o BCE e a Comissão Europeia. Nesse âmbito, refira-se em primeiro lugar as alterações ao Regime Geral das Instituições de Crédito promovidas pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, que tiveram o condão de robustecer a supervisão de instituições de crédito e a prevenção de desequilíbrios financeiros que as possam afectar. Daqui decorre um vasto conjunto de novos deveres, nomeadamente de prestação de informação e de elaboração de planos de recuperação e de resolução (*living wills*), um ajustamento ao regime que governa o Fundo de Garantia de Depósitos e um quadro inteiramente renovado relativo à intervenção corretiva e de resolução aplicável às instituições de crédito.

Soma-se o agravamento das exigências quanto aos rácios prudenciais *Core Tier* 1 e o esforço realizado quanto à redução do rácio de transformação dos bancos. Em resultado deste processo, o Banco de Portugal já reconheceu publicamente registar-se uma *"progressiva melhoria na composição da solvabilidade total do sistema, com uma maior proporção da componente de "qualidade" superior (Core Tier 1)"*, confirmada por uma *"elevada confiança do público na solidez do setor bancário"*.

1.3 O DESENVOLVIMENTO RECENTE DO REGIME EUROPEU

5. Convém igualmente referir que, paralelamente, os padrões europeus sobre regulação da banca têm vindo a ser progressivamente aperfeiçoados. Cabe anotar como ilustração, a este propósito, o acordo político obtido em dezembro de 2012 para a instituição de um mecanismo único europeu de supervisão de instituições de crédito, o que envolve a atribuição de poderes diretos de supervisão ao BCE sobre os bancos relevantes em termos sistémicos ou com intervenção estatal e poderes de supervisão

indireta a todas as restantes instituições de crédito da zona euro. Ao que acresce o importante envolvimento da *European Banking Authority* designadamente nos testes de resistência às instituições europeias. No plano legislativo, cabe indicar a Diretiva 2010/76/EU sobre política de remunerações, já transposta entre nós, e o processo de adoção do pacote Basileia III, a constar de Diretiva e Regulamento europeus já em preparação.

II. RECAPITALIZAÇÃO FORÇADA

2.1 APRECIAÇÃO DOS FUNDAMENTOS PARA A MUDANÇA LEGISLATIVA; A PROPOSTA DE DIRETIVA SOBRE RECUPERAÇÃO E RESOLUÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO

6. A Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre resolução e recuperação de instituições de crédito e empresas de investimento incide sobre a prevenção e gestão de crises nestas instituições. Porém, nesse documento em discussão, nem num quadro de intervenção corretiva, nem na vertente da resolução, se encontra prevista na proposta a recapitalização da instituição com recurso ao investimento público. Pelo contrário, o princípio da alocação das perdas, em primeira linha, para os acionistas e credores da instituição, subjacente ao enquadramento da resolução traçado na proposta de diretiva, parece ser avesso a operações de recapitalização desta natureza, mormente nas situações em estejam verificados os pressupostos de aplicação de medidas de intervenção corretiva e/ou de resolução.

7. De onde resulta (e contrariamente ao sugerido no parágrafo 9.º da exposição de motivos) que um regime de capitalização obrigatória com recurso ao investimento público, aplicável mediante a invocação de interesses públicos, seria implementado, não em sede de transposição da diretiva, mas como uma medida

alternativa tendo em vista a prossecução do mesmo fim: a salvaguarda da estabilidade do sistema financeiro. Deste modo, um tal regime teria de ser articulado com o quadro mínimo de intervenção e resolução que os Estados Membros serão obrigados a implementar caso seja aprovada a proposta de Diretiva em questão, e, designadamente, com as medidas de resolução já implementadas pelo Estado Português aquando da mais recente alteração ao RGIC.

8. Não se ignora que a proposta de Diretiva prevê igualmente a possibilidade de os Estados Membros implementarem mecanismos complementares específicos que permitam às autoridades competentes lidar com *failing institutions*. No entanto, tais mecanismos devem mostrar-se compatíveis com os princípios e objetivos subjacentes ao enquadramento europeu da resolução e com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e não constituir obstáculos a uma efetiva resolução no seio dos grupos. Acresce que tais mecanismos apenas poderão ser usados se demonstrado que nenhum dos mecanismos (conjunta ou isoladamente) incluídos no quadro regulatório europeu da resolução, permite uma efetiva ação resolutiva. Este último requisito é particularmente importante quando o mecanismo alternativo passa por uma recapitalização forçada com recurso a capitais públicos, na medida em que esta poder ser vista, pelo mercado e pelos investidores, como um sinal de que as autoridades competentes perderam a confiança na capacidade das medidas existentes no quadro de intervenção corretiva e resolução para lidar eficazmente com as crises nas instituições financeiras.

2.2 AS DIFICULDADES DE ARTICULAÇÃO COM O REGIME DA RESOLUÇÃO

9. O regime constante da proposta de alteração à Lei 63-A/2008 prevê a possibilidade de o Banco de Portugal propor, em termos fundamentados, ao membro do Governo responsável pela área das finanças a realização de uma operação de

capitalização obrigatória com recuso ao investimento público caso (*i*) o Banco de Portugal nomeie uma administração provisória e (*ii*) esta apresente um plano de recapitalização com recurso a capitais públicos. Em "*situação de urgência inadiável*" é, inclusivamente, dispensável a prévia nomeação de administração provisória. O diploma não densifica de forma satisfatória as circunstâncias que poderão justificar a apresentação de uma tal proposta, o que pode por em causa a segurança jurídica e dificultar a articulação deste mecanismo de recapitalização com as ferramentas de intervenção corretiva e resolução. É, pois, recomendável, uma definição clara dos pressupostos que permitem a recapitalização forçada da instituição com recurso ao investimento público.

10. Na exposição dos motivos, refere-se que a recapitalização forçada com recurso a capitais públicos apenas deverá ter lugar "*em situações excecionais que sejam suscetíveis de constituir uma ameaça para a estabilidade financeira*". Ora, estas são precisamente as situações que poderão fundamentar o exercício dos poderes de resolução, na medida em que tal se mostre necessário para (*i*) assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais, (*ii*) acautelar o risco sistémico, (*iii*) salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público, ou (*iv*) salvaguardar a confiança dos depositantes (cfr. arts 139.º, n.º 1, e 145.º-A do RGIC).

11. Por outro lado, mostra-se difícil de conceber que, numa "*situação excecional que seja suscetível de constituir uma ameaça para a estabilidade financeira*", que justifique uma recapitalização pública forçada, a instituição demonstre reunir as condições adequadas de solidez para o prosseguimento da sua atividade, mantendo-se este como um requisito de acesso ao investimento público nos termos da Lei n.º 63-A/2008.

12. Os mecanismos de intervenção precoce e resolução foram originalmente concebidos e encontram-se desenhados na maioria dos ordenamentos jurídicos que os

adotaram de modo a permitir às autoridades competentes lidar eficazmente com as crises nas instituições de crédito, com a mínima disrupção do mercado e sistema financeiro e com o mínimo custo para o erário público. A recapitalização pública, sobretudo quando associada ao exercício efetivo dos direitos de voto inerentes à participação assumida pelo Estado, obedece a uma lógica diferente, de entrada direta do Estado no capital e na instituição (e assunção, por este, do risco inerente), tendo em vista o mesmo fim de salvaguarda da estabilidade do sistema. A bem da articulação dos dois recursos, deve ficar claro em que situações as autoridades competentes podem recorrer a um e a outro, sendo recomendável que a recapitalização forçada, a existir, seja concebida como uma medida de último recurso, aplicável mediante a demonstração de que os mecanismos de intervenção e resolução não funcionaram ou não se mostram adequados para resolver os problemas que assolam a instituição.

2.3 LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS – EM ESPECIAL, A NECESSIDADE DE UMA DEFINIÇÃO MAIS APERTADA DOS PRESSUPOSTOS DE RECAPITALIZAÇÃO FORÇADA

13. O direito fundamental de propriedade, consagrado no artigo 62.º da Constituição, compreende o direito dos acionistas, enquanto donos da empresa societária, de decidirem o seu destino, em especial no que se refere à composição do capital social. Aqui reside um elemento fundamental da «constituição da sociedade» e uma das dimensões essencial da «propriedade acionista»: o poder de direção ou de domínio cometido aos acionistas, no quadro da assembleia geral. Ainda que a proteção conferida pela Constituição ao direito fundamental de propriedade não seja absoluta, a realização de uma operação de capitalização obrigatória com recurso ao investimento público configurará, em qualquer caso, uma intervenção gravemente restritiva no direito de propriedade dos acionistas da instituição abrangida, ficando – dado incidir sobre um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias – sujeita ao

princípio do carácter restritivo das restrições (artigos 17.º e 18.º, n.os 2 e 3, da Constituição). Concretamente, para efeitos constitucionais, a realização da mencionada operação traduzir-se-á numa *nacionalização* (forma de apropriação pública, no todo ou em parte, de empresas privadas) ou, pelo menos, numa *intervenção pública na titularidade ou gestão de meios de produção*. A gravidade da intervenção pública operada, neste caso, é reforçada pelo facto de, nos termos do anteprojeto de proposta de lei em apreço, a realização de uma operação de capitalização obrigatória poder inclusivamente conferir ao Estado o controlo ou domínio da instituição bancária em causa.

14. Ora, no quadro de uma evolução histórica que facilmente se percebe, a Constituição, nos seus artigos 80.º, alínea *d)*, 83.º e 165.º, n.º 1, alínea *l)*, regula *ex professo* este tipo de atuações do Estado, submetendo-as à observância do princípio da reserva de lei e ao pagamento de uma indemnização, a par dos limites gerais decorrentes da exigência de prossecução do interesse público e de respeito pelo princípio da proporcionalidade.

15. Assim, além da reserva de competência legislativa da Assembleia da República na regulamentação dos "meios e formas de intervenção, expropriação, nacionalização e privatização dos meios de produção e solos por motivo de interesse público, bem como critérios de fixação, naqueles casos, de indemnizações" [artigo 165.º, n.º 1, alínea l) da Constituição], a determinação de uma concreta operação de nacionalização ou de intervenção numa instituição de crédito (ou em qualquer outra empresa privada) está sujeita ao *princípio da reserva de lei* e, por conseguinte, só pode ser realizada por ato legislativo, ainda que na modalidade de decreto-lei do Governo. Com efeito:

a) A reserva de ato legislativo para a intervenção pública em concreto numa instituição bancária é, antes de mais, decisiva para garantir o controlo dessa

medida pela Assembleia da República, através do instituto previsto no artigo 169.º da Constituição, e pelo Presidente da República, por via do direito de veto previsto no artigo 136.º da Constituição.

b) A reserva de ato legislativo decorre do entendimento, relativamente dominante, segundo o qual as questões essenciais à vida de uma comunidade não podem ser decididas por atos infra-legais. Este entendimento é, além disso, coerente com a natureza político-legislativa que tradicionalmente é atribuída às nacionalizações e intervenções análogas. E, como é sabido, não obstante nos trabalhos preparatórios ter chegado a ser equacionada a adoção de uma forma menos solene, a própria Lei-Quadro das Nacionalizações (aprovada, em anexo, pela Lei n.º 62-A/2008, de 11 de novembro) exige a forma de decreto-lei para cada ato de nacionalização.

16. Nestes termos, a realização de uma operação de capitalização obrigatória não pode ser determinada por mero ato administrativo (despacho do membro do Governo responsável pela área das finanças), conforme previsto na nova redação conferida ao artigo 16.º da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, pelo anteprojeto de proposta de lei em apreço.

17. Para além de sujeitar a determinação de realização da mencionada operação à forma de ato legislativo, o anteprojeto de proposta de lei em apreço deverá ainda prever a densificação, com grande completude, pelo ato legislativo adotado de todos os elementos e condições da operação a realizar - tal como, aliás, dispõe a Lei-Quadro das Nacionalizações –, pois, doutra forma, a exigência de uma reserva de lei tornar-se-ia, facilmente, letra morta.

18. Outra das limitações genericamente impostas pela Constituição à intervenção pública nos meios de produção advém - como referimos atrás – do princípio da proporcionalidade. Neste contexto, não é necessário explicitar a enunciação deste princípio constitucional fundamental e a acentuação da sua

centralidade. O que importa é sobretudo recordar que, à luz desse princípio, e mesmo considerando apenas a sua vertente da necessidade, é absolutamente determinante assegurar que a determinação, em concreto, de uma operação de capitalização obrigatória constitui uma medida de *ultima ratio*.

19. Ou seja, o recurso a essa solução deve constituir carácter absolutamente excecional face a outras alternativas possíveis, o que significa que o anteprojeto de proposta de lei em apreço deverá acautelar, de forma expressa, os seguintes aspetos:

a) Previamente à aplicação da disciplina estabelecida no artigo 16.º da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, na redação conferida pelo anteprojeto de proposta de lei em apreço, os acionistas devem dispor de uma possibilidade real de apresentação de um plano de recapitalização ajustado aos seus interesses e capacidades e deve ser-lhes dada uma oportunidade efetiva – nomeadamente, mediante a concessão de um prazo razoável – para o seu cumprimento (à semelhança do verificado em relação às exigências recentes em termos de rácios de solvabilidade e de desalavancagem das instituições de crédito).

b) Mesmo nos casos de urgência inadiável, em que a garantia do aspeto referido na alínea anterior poderá não se afigurar possível, caberá sempre optar pela adoção de *medidas provisórias*, passíveis de reponderação e alteração.

c) As decisões de recusa do plano de recapitalização apresentado pelos acionistas ou as correspondentes propostas de alteração, bem como a constatação de situações de incumprimento de planos ou de urgência inadiável, devem ser especialmente fundamentadas.

d) De resto, o princípio da proporcionalidade e o respeito pela garantia constitucional do direito fundamental à propriedade aconselham sempre a preferência por uma solução pactícia ou contratual, em detrimento da imposição unilateral de uma operação de capitalização.

20. Além disso, o anteprojeto de proposta de lei deve acautelar uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º da Constituição), assim como não pode liminarmente ignorar o problema do direito de indemnização dos acionistas afetados.

2.4 UMA PROPOSTA ALTERNATIVA

21. Vários modelos se prefiguram para uma densificação dos pressupostos de que deva depender o recurso à recapitalização forçada. As principais opções disponíveis assentam na determinação de *triggers* quantitativos - que reservem a capitalização injuntiva aos casos de preterição de rácios e requisitos prudenciais ou de inobservância continuada de regras que constitua uma ameaça do sistema financeiro. Alternativamente, é usual o estabelecimento de *soft triggers* - que se baseiam em cláusulas qualitativas a indiciar um desequilíbrio financeiro irreversível. Hipótese derradeira é a que pressupõe uma combinação de ambos os modelos descritos.

22. Além disso, importa explicitar, no texto da Lei, em adição ao n.º 3 do artigo 2.º, que a recapitalização forçada obedece ao princípio da subsidiariedade, apenas sendo admissível quando os objetivos por elas visados não possam ser atingidos através de medidas menos gravosas, designadamente através de medidas de intervenção corretiva ou de recapitalização voluntária.

III. EXERCÍCIO DE DOMÍNIO DA INSTITUIÇÃO DE CRÉDITO RECAPITALIZADA PELO ESTADO

3.1 APRECIAÇÃO DOS FUNDAMENTOS PARA A MUDANÇA LEGISLATIVA; O REGIME DOS AUXÍLIOS DE ESTADO

23. No projeto em análise, a eliminação da proibição de exercício de domínio ou controlo pelo Estado sobre as instituições de crédito que sejam objeto de operações de capitalização com recurso ao investimento público, nos termos até agora decorrentes do n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de Novembro (na redação resultante da Lei n.º 4/2012, de 11 de Janeiro) é anunciada como decorrendo da "necessidade de adaptar" as normas legais "às regras e orientações da União Europeia em matéria de auxílios de Estado". Ora, tal afirmação funda-se numa interpretação do Direito da União Europeia com a qual não podemos concordar, nos termos genéricos em que é formulada, e cuja veracidade dependerá eminentemente das características do caso concreto.

24. A nosso ver, não decorre do regime dos auxílios públicos constante do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (adiante, TFUE - artigos 107.º e 108.º) qualquer necessidade de exercício pelo Estado de "domínio ou controlo". Se a intervenção do Estado no sistema financeiro se pode justificar por via do impacto sistémico da insolvência da instituição de crédito, o certo é que tal depende, em primeiro lugar, de uma delimitação precisa dos termos da intervenção estadual e da limitação desta, justamente, pelos princípios da proporcionalidade (na sua tripla dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), da não discriminação e da concorrência.

25. Salvo no caso de auxílios individuais abrangidos por um regime de auxílios ou de impacto *de minimis* ou abrangidos por regulamentação da União diretamente aplicável, a intervenção do Estado nas empresas deve depender do preenchimento estrito dos requisitos da validade previstos no TFUE, para os quais não se conhece exceção. Na verdade, a capitalização com investimento público de instituições de crédito, ao envolver recursos financeiros do Estado constitui inequivocamente um auxílio público que se pode qualificar como seletivo, desde logo por abranger apenas (ainda que todas) as instituições de crédito. E, no caso de operações de "capitalização

obrigatória com recurso ao investimento público" sem precedência de notificação e aprovação pela Comissão Europeia (nos termos previstos no artigo 16.º da PL 13/2013), só a aprovação por esta de um regime de auxílios poderia dar-lhe, no mínimo, a aparência de legitimidade à luz do ordenamento jurídico da União Europeia. Ora, os termos agora previstos, em conjugação com a sanção prevista na alínea *d)* do n.º 1 do artigo 16.º-A, mostram que medidas que envolvam a substituição dos acionistas e a intervenção do Estado nos termos previstos, dificilmente se poderão justificar à luz do princípio da proporcionalidade.

26. Daí que o regime de auxílios públicos, longe de fundamentar uma intervenção de controlo por parte do Estado, deve pautar-se, de acordo com as orientações e comunicações que vêm sendo adotadas pela Comissão Europeia no contexto da crise financeira[1] pelas seguintes ideias-força: (i) a aplicação de remunerações (preços) orientadas para o mercado, em função dos diferentes níveis de risco, com características que garantam incentivo para o rápido reembolso do Estado; (ii) salvaguardas comportamentais adequadas; e (iii) revisão regular das medidas intervencionistas.

---

[1] Cfr., e.g.: *Comunicação da Comissão – A recapitalização das instituições financeiras na actual crise financeira: limitação do auxílio ao mínimo necessário e salvaguardas contra distorções indevidas da concorrência*, JO C 10 de 15.1.2009, p. 2 (adiante "Comunicação Recapitalização"); *Comunicação da Comissão sobre a aplicação, a partir de 1 de Janeiro de 2012, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira*, JO, C 356, de 6.12.2011, pp. 7-10 (adiante "Comunicação Bancos 2012"); *Comunicação da Comissão de 13 de Outubro de 2008 respeitante à aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas adoptadas em relação às instituições financeiras no contexto da actual crise financeira global*, JO, C 270, de 25.10.2008, p. 8 (adiante "Comunicação Crise Financeira"); *Comunicação sobre o regresso à viabilidade e avaliação, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, das medidas de reestruturação tomadas no sector financeiro no contexto da actual crise*, JO, C 195, de 19.8.2009, p. 9 (adiante "Comunicação Reestruturação"); *Comunicação sobre a aplicação, a partir de 1 de Janeiro de 2011, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira*, JO, C 329, de 7.12.2010, p. 7; Declaração dos Chefes de Estado ou de Governo da UE de 26 de Outubro de 2011.

27. O que resulta da ordem jurídica da UE não é, por isso, compatível, com soluções que permitam a aquisição de controlo nos termos previstos e claramente expropriativos. Pelo contrário, em consonância com os princípios da proporcionalidade, não discriminação e menor distorção da concorrência, partem do princípio de que a intervenção do Estado deve limitar-se ao mínimo necessário para dar resposta adequada às razões que fundamentam a intervenção seletiva nas instituições de crédito. Assim, prevê-se um conjunto alargado de medidas, incluindo a possibilidade de os Estados membros "subscreverem ações sem direito de voto" (realçando que, nesses casos, poderá ser necessário um ajuste correspondente do preço)[2], mas não a expropriação dos privados e a assunção pelo Estado do controlo pleno da atividade empresarial em causa. Em suma, o direito da União Europeia assenta na ideia de que os auxílios de Estado devem ser proporcionais e concebidos de modo a minimizar repercussões negativas[3], sendo certo que a concentração, ainda que temporária, do controlo de várias instituições financeiras no Estado poderá afetar negativamente a concorrência no mercado e não é necessária para alcançar os objectivos da intervenção pública. Com efeito, a Comissão recomenda um conjunto de salvaguardas comportamentais que ficam aquém do controlo e que são igualmente aptas a alcançar os objetivos de garantir a estabilidade do sistema financeiro e o direcionamento dos capitais públicos para o financiamento da economia real[4]. Tanto é assim, que o esquema de auxílios de Estado adotado pela Lei n.º 63-A/2008 (e suas revisões) foi aprovado pela Comissão Europeia, com a condição que ora se propõe eliminar, sem qualquer objeção[5].

---

[2] Comunicação Bancos 2012, §10.
[3] Comunicação Crise Financeira, §15.
[4] Cfr., e.g.: Comunicação Recapitalização, §§37-39; Comunicação Crise Financeira, §35, Comunicação Reestruturação, §43.
[5] JO C 119/1 de 7.5.2010, p. 2; JO C 283 de 20.10.2010, p. 6; JO C 111 de 9.4.2011, p. 6; JO C 249 de 18.8.2012, p. 5.

28. Finalmente, cremos ainda ser adequado, a este respeito, salientar que a Proposta de Diretiva a que o preâmbulo se refere, o que prevê, designadamente no seu artigo 6.º, n.º 4, alínea *b)*, é algo diverso do que se parece querer com a PL 13/2013. Como ali se diz: "Se a instituição não apresentar um plano de recuperação revisto ou se a autoridade competente entender que o plano de recuperação revisto não corrige adequadamente as deficiências e potenciais impedimentos identificados na sua avaliação inicial, a autoridade competente deve exigir que a instituição adote as medidas que considere necessárias para assegurar a eliminação dessas deficiências e impedimentos. Além das medidas que poderão ser exigidas nos termos do artigo 136.º da Diretiva 2006/48/CE, a autoridade competente pode, em especial, exigir que a instituição adote medidas para: (...) b) Permitir medidas de recapitalização atempadas". É nosso entendimento de que a PL 13/2013 vai mais longe - aqui o Estado exige que o privado adote determinadas medidas, mas não parece que se substitua a ele. Por contrário, na Proposta de Lei parece que o Banco de Portugal e o Governo se substituem ao próprio privado na preparação e adoção do plano de recapitalização.». Em todo o caso, não se trata ainda de uma Diretiva, mas de uma proposta, que não foi ainda adotada, não tendo por isso valor normativo.

3.2 O EXERCÍCIO DO DOMÍNIO PELO ESTADO; ÓBICES

29. A recapitalização de instituições de crédito não implica necessariamente a assunção do estatuto acionista do Estado nas instituições intervencionadas, na medida em que pode assentar, não na aquisição de ações, mas na subscrição de instrumentos de capital contingentes. Esta última alternativa tem-se revelado de enorme significado prático, porquanto evita o estigma de uma nacionalização e, dessa forma, favorece o aparecimento de investidores privados e potencia uma regeneração precoce das instituições intervencionadas. Neste contexto, revelava-se importante a regra, que a Proposta tenciona revogar, que proibia o Estado de exercer o domínio nas instituições

intervencionadas. Esta disposição, aliás, conferia fundamento ao artigo 7.º do diploma, que precisamente derroga o dever de lançamento de OPA, mesmo que a participação acionista do Estado ultrapasse, numa sociedade aberta, um dos limiares relevantes fixados no artigo 187.º do Código dos Valores Mobiliários.

30. Por outro lado, parece-nos inquestionável que as alterações ora propostas à Lei n.º 63-A/2008, de 24 de Novembro, parecem configurar as participações sociais do Estado como próximas de verdadeiras *golden shares*, sobretudo na medida em que nelas se possa ver a possibilidade de o Estado vir a exercer uma influência maior do que aquela a que corresponderia à sua participação acionista. Nesta hipótese, tais ações especiais podem constituir importantes fatores de dissuasão do investimento nas instituições financeiras nacionais e, nessa ótica, restrições substanciais à liberdade de circulação de capitais no mercado interno. Enquanto restritivas desta liberdade fundamental, a intervenção estatal neste domínio, ainda que pudesse ou possa ser justificada por razões imperiosas de interesse geral, deve respeitar os princípios da proporcionalidade e da não discriminação. Nesses vetores, importará analisar com maior detença a Proposta de Lei 13/2013 e a legislação em causa para verificar se tais limites, impostos pelo direito da UE, são ou não transpostos pela legislação nacional em causa, ou pela Proposta de Lei.

IV. A ABLAÇÃO DOS DIREITOS DOS ACIONISTAS

4.1 POSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES APÓS INCUMPRIMENTO DO PLANO

31. Afigura-se ter um racional essencialmente punitivo a medida, enunciada na Proposta de Lei, que se traduz numa limitação adicional aos direitos privados dos acionistas, na medida em que lhes veda a faculdade de aquisição das ações de que o

Estado seja titular em caso de incumprimento materialmente relevante do plano de recapitalização.

32. Com efeito, imputar um juízo de censura aos titulares de participações sociais em instituições de crédito, que justifique a aplicação automática desta sanção afigura-se desproporcionado e excessivo. Na medida em que a aquisição teria sempre de respeitar os termos e condições previamente fixados (e permitiria ao Estado assegurar o desinvestimento público nas condições acordadas), cremos que o sacrifício imposto é arbitrário e excessivo. Tal sacrifício é tão mais iníquo quando se estende mesmo aos casos de capitalização forçada, em que a responsabilidade pela apresentação (e execução) do plano de recapitalização é de uma administração provisória nomeada pelo Banco de Portugal, sem ser submetida ao crivo acionista.

33. Isto porque, não obstante a versão da Proposta de Lei para o número 5 do artigo 16.º-A prever que a alínea d) do n.º 1 desse artigo não se aplica em caso de realização de uma operação de capitalização forçada, o n.º 6 do artigo 16.º prevê que a decisão sobre a realização da operação de capitalização obrigatória *pode* atribuir aos acionistas da instituição de crédito a faculdade de adquirir as ações de que o Estado venha a ser titular, do que se depreende que o Estado também pode não atribuir essa faculdade (tal redação inclusivamente sugere que, em circunstâncias de normalidade, deve existir uma preferência para que essa faculdade não seja atribuída), cerceando *ab initio* essa faculdade.

4.2 AS REGRAS DELIBERATIVAS PROPOSTAS

34. A realização da operação de capitalização obrigatória constante da Proposta dispensa a intervenção acionista, não só na aprovação da operação de capitalização pelo foro acionista, bem como qualquer outro procedimento legal ou estatutariamente

exigido, nomeadamente, em caso de aumento do capital social da instituição, da respetiva deliberação pela assembleia geral, o direito de subscrição preferencial.

35. Cumpre, a este respeito, indicar que a preterição das competências gerais próprias dos sócios, quer no que toca à aprovação da operação, quer no que respeita à escolha do subscritor do aumento e à supressão do direito de subscrição preferencial dos acionistas é dificilmente compatível com a Terceira Diretiva em matéria societária (Diretiva 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012), designadamente com os seus artigos 29.º e 33.º.

36. Esta incompatibilidade com o regime europeu é atestada pela própria interpretação do Tribunal de Justiça da União Europeia deste regime, considerando-o aplicável mesmo em situações de insolvência iminente de entidades de importância estratégica e pertencentes a sectores especialmente sensíveis, como os da banca e dos seguros (acórdãos *Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklissias* v. *Greek State*, C-381/89; e *Panagis Pafitis* v. *Trapeza Kentrikis Ellados AE*, C-441/93). Neste sentido, uma operação de aumento de capital que não assente numa deliberação do corpo acionista e que extirpe *ope legis* o direito de subscrição preferencial, sem que os acionistas deliberem abdicar desse direito é contrária à legislação europeia vigente e que tem efeito direto - além de poder sujeitar o Estado Português a ações por incumprimento.

V. SÍNTESE

37. O desenvolvimento antecedente permite fundar uma conclusão preliminar – a de que se suscitam fundadas dúvidas sobre a necessidade, o acerto, a constitucionalidade e conformidade com o direito europeu de várias medidas constantes da Proposta de Lei em apreço. Preocupações particulares causam o

projetado desenho legislativo para a recapitalização forçada e, nesse âmbito, a ínsita amputação do exercício dos direitos acionistas.

38. Para que a intervenção legislativa em preparação surta pleno efeito, é recomendável que o projecto seja melhorado nos pontos assinalados. Com vista a atingir tal objetivo, fica expressa a disponibilidade para trabalhar construtivamente - respeitada a urgência que o calendário impõe - nos obstáculos detetados, de modo a que sejam encontradas vias alternativas a uma adequada solução normativa para os temas apreciados.

29 de Janeiro de 2013