Comentários da Associação Portuguesa de Bancos à Proposta de Lei que procede à sétima alteração à Lei nº 63-A/2008, de 24 de Novembro

1. Aplicação do princípio de "burden sharing"

a) Redução da insuficiência de fundos próprios

A insuficiência de fundos próprios, prevista no novo artigo 8.º-A, determina a apresentação pela instituição de crédito de um plano de reforço de capitais, que deve identificar, entre outras, medidas de repartição de encargos pelos accionistas e credores subordinados (artigo 8.º-B, nº 2, alínea b)).

A declaração de insuficiência de fundos próprios, com as consequências indicadas, é determinada a partir de um conjunto de simulações prospectivas de impactos (artigo 8º-A, nº 2), que assumem um claro pendor subjectivo.

A previsão, estabelecida no artigo 8º-I, de que as perdas não devem exceder as que decorreriam de um processo de liquidação em caso de retirada de licença por insuficiência de fundos próprios, não se afigura suficiente, vista a elevada discricionariedade potencialmente associada a uma tal declaração de insuficiência, colidindo com a legítima salvaguarda dos direitos dos credores.

Acresce que também não se afigura adequado o princípio geral do artigo 8.º-I, n.º 2, de que a diferença entre o prejuízo que os titulares de instrumentos e contratos convertidos sofreram e aquele que sofreriam caso tivesse sido revogada a autorização da instituição visada deva sempre ser suportada por esta última.

Tal princípio apenas se justifica quando as medidas de repartição de encargos efectivamente aplicadas, que tenham sido geradoras de prejuízo, tenham sido propostas pela entidade visada, não devendo esta suportar os prejuízos decorrentes de medidas de repartição de encargos que lhe tenham sido impostas, nomeadamente pela Comissão Europeia.

De resto, a conversão forçada de dívida subordinada em capital não parece justificar-se quando num Banco, após a análise da qualidade dos seus activos, se verifique que continua acima dos mínimos regulatórios, mas, após um exercício de *stress test*, a Autoridade de Supervisão entenda necessária uma operação de recapitalização.

Neste sentido, já o BCE manifestou junto da Comissão Europeia que, na situação descrita, o banco não está em resolução (não é considerado como "*failing or likely to fail*" se não for recapitalizado), pois tem um negócio viável, pese embora o Supervisor recomendar um reforço de capital, com a finalidade de manter a confiança do mercado no sistema financeiro.

Observou ainda o BCE que a conversão forçada de dívida subordinada numa mera situação de recapitalização preventiva, para além de afectar negativamente o mercado desta dívida, é incompatível com o regime da Directiva sobre a Recuperação e a Resolução dos Bancos (BRRD), que exige, como pré-condição para essa conversão, a avaliação de que sem a mesma o Banco deixaria de ser viável.

A Comunicação da Comissão, de 30 de Julho de 2013, aceita excepções ao regime nela estabelecido, nos casos em que a implementação das medidas ponha em risco a

estabilidade financeira, ofenda direitos fundamentais ou conduza a resultados desproporcionados. Com fundamento nestas excepções, a lei deveria prever que a conversão de dívida subordinada apenas é aplicada em casos excepcionais e não com a amplitude admitida no artigo 8.º-D.

No artigo 8.º-C prevê-se a possibilidade da instituição de crédito apresentar, por segmento de negócio, uma análise aprofundada relativa à qualidade dos respectivos activos e uma apreciação prospectiva da adequação dos fundos próprios, requerendo-se que esta análise seja efectuada por um auditor externo aceite pelo Banco de Portugal, distinto dos auditores responsáveis pela certificação legal de contas.

A este propósito parece oportuno recordar a iniciativa "Quality Assessment Review" que o BCE visa encetar com carácter regular, mas que o Banco de Portugal já antecipou e cujos resultados poderiam ser utilizados, sem obrigar as instituições de crédito a realizar análises provavelmente redundantes e onerosas.

b) Credores não abrangidos pela repartição de encargos

Na exposição de motivos da Proposta refere-se, a propósito do princípio de burden-sharing, que "*as regras consagradas na presente lei em matéria de repartição de encargos não abrangem os depositantes, os obrigacionistas comuns ou os titulares de qualquer outro tipo de dívida comum ou garantida*."

O princípio de burden-sharing está contemplado nos artigos 8.º-A a 8.º-J, aditados pelo artigo 3.º da Proposta à Lei nº 63-A/2008.

Analisados estes preceitos não encontramos qualquer norma que consagre expressamente a não repartição de encargos pelos depositantes, obrigacionistas comuns ou titulares de qualquer outro tipo de dívida comum ou garantida.

Apesar de os mesmos não estarem abrangidos pelas medidas de repartição de encargos previstas no artigo 8º-D, seria conveniente, para assegurar a confiança dos depositantes, dos credores garantidos e dos credores comuns, que ficasse claramente explicitado no articulado a sua exclusão dessas medidas, já que a Exposição de Motivos não será objecto de publicação.

2. Âmbito de aplicação da Lei nº 63-A/2008

A Proposta de Lei, no seu artigo 6º, refere que "as alterações e os aditamentos introduzidos pela presente lei à Lei 63-A/2008, de 24 de Novembro, não são aplicáveis às operações de capitalização em curso à data da sua entrada em vigor".

A mesma proposta, no seu artigo 2º, identifica os artigos que passam a ter nova redacção.

Além disso, o artigo 5.º da Proposta revoga, aparentemente com carácter imediato, alguns preceitos da Lei nº 63-A/2008.

Da conjugação destas três normas, não resulta claro quais as disposições que se aplicam às operações de recapitalização que se encontram em curso, o que se acentuará ainda mais quando forem republicados, de acordo com o artigo 7º, os preceitos total ou parcialmente alterados.

Com o objectivo de evidenciar as perplexidades que a presente Proposta de Lei suscita quanto ao seu âmbito de aplicação, por força da leitura conjugada dos referidos artigos 2.º, 5.º e 6.º da Proposta de Lei n.º 181/XII, elencamos algumas normas alteradas que podem constituir situações geradoras de conflitos interpretativos:

a) Rácios de fundos próprios em geral

Refere o Preâmbulo da Proposta que, por motivo da entrada em vigor, em 1 de Janeiro de 2014, do novo regime prudencial, são suprimidas na Lei 63-A/2008 as referências ao *Core Tier* 1, tornando o regime mais flexível, abrangendo, assim, o reforço dos rácios de fundos próprios em geral. Em conformidade são alterados diversos preceitos.

Importa esclarecer se o regime mais flexível (que suprime as referências ao *Core Tier* 1) se aplica, aos processos em curso, como parece indispensável tendo em conta a entrada em vigor do Regulamento (UE) n.º 275/2013, mas, neste caso, como conciliar essa aplicação com o disposto no artigo 6.º da Proposta.

b) Artigo 4.º-A - Remuneração do investimento público

Dispõe o n.º 2 (ainda em vigor): "A remuneração do investimento público baseia-se em critérios objectivos e transparentes (…)". Na versão da Proposta de Lei, terá a seguinte redacção: "Na determinação da remuneração. (…), deve atender-se nomeadamente ao risco assumido pelo Estado na operação de recapitalização"

c) Artigo 14.º - Obrigações da Instituição de crédito

Dispõe o n.º1, alínea c) da Lei 63/A/2008 (ainda em vigor) que à política de remuneração dos titulares dos órgãos de administração e fiscalização se aplica legislação nacional, que é elencada.

Com a alteração proposta para a redacção do artigo, enquanto a Instituição se encontrar abrangida pelo investimento público, a política de remuneração dos titulares dos órgãos de administração e fiscalização deve ter em conta a legislação nacional e europeia em vigor.

d) Artigo 16.º-A – Reforço dos poderes do Estado na Instituição de Crédito

Dispõe a alínea e) do n.º 1, na redacção actual, que "em caso de incumprimento materialmente relevante do plano de recapitalização, (…) os montantes distribuíveis, a título de dividendos, aos accionistas que tenham adquirido a sua participação fora do âmbito deste regime são obrigatoriamente afectos ao desinvestimento público, sem

prejuízo do cumprimento dos níveis mínimos de fundos próprios, designadamente de *core tier* 1".

Com a alteração introduzida, a redacção será a seguinte "Em caso de incumprimento materialmente relevante dos termos e das condições qualificados como metas estruturais no despacho que aprova a operação de capitalização (…) os montantes distribuíveis, a título de dividendos, aos accionistas que tenham adquirido a sua participação fora deste regime são obrigatoriamente afectos ao desinvestimento público, sem prejuízo do cumprimento dos níveis mínimos de fundos próprios".

Parece-nos, assim, indispensável que a Proposta de Lei clarifique, de forma inequívoca, qual a redacção da Lei nº 63-A/2008 que se mantém em vigor para as operações de recapitalização que se encontrem em curso, distinguindo-a da que será republicada em cumprimento do seu artigo 7º e que só será aplicável às operações de recapitalização que venham a ocorrer posteriormente à sua entrada em vigor.

Ainda assim, entendemos que o regime mais flexível agora previsto no Regulamento (UE) n.º 275/2013 deverá também ser aplicável às operações de recapitalização já em curso.

3. Limite temporal de aplicabilidade do regime legal da recapitalização

O artigo 2.º, n.º 3 estabelece que as medidas de recapitalização têm natureza subsidiária e temporária, podendo apenas ser aplicadas a operações de capitalização de instituições de crédito a realizar até 31 de Dezembro de 2013.

Este limite temporal de aplicabilidade do regime deverá ser revisto.

INFORMAÇÃO JURÍDICA

§1.º
INTRODUÇÃO

Dedica-se a presente Informação a apresentar alguns comentários à Proposta de Lei sobre a sétima revisão da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, relativa à recapitalização de instituições de crédito. A proposta de lei em análise foi aprovada na reunião do Conselho de Ministros de 17 de outubro e deu entrada, nesse mesmo dia, na Assembleia da República, como Proposta de Lei n.º 181/XII.

§2.º
COMENTÁRIOS E CONTRIBUTOS

2.1 A *OCCASIO LEGIS*

1. A primeira nota que a PPL 181/XII nos merece tem a ver com a justificação ensaiada pelo Governo quanto à sua necessidade e, até, urgência. Com efeito, aí se declara que a urgência em legislar funda-se na necessidade de dar cumprimento ao disposto na *Comunicação da Comissão sobre a aplicação, a partir de 1 de agosto de 2013, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira*

(JO, C, 236, de 31.7.2013, pp. 1-15, adiante, «*Comunicação sobre o setor bancário*») de modo a "garantir a sua conformidade com os novos princípios, regras e orientações europeias". Ora, impõe-se recordar que as comunicações da Comissão Europeia constituem **actos não vinculativos dos quais não resulta nem pode resultar, enquanto tais, qualquer dever de legislar para os Estados membros**, seja no domínio dos auxílios públicos ou noutro qualquer domínio relevante. Enquanto actos da União Europeia sem carácter vinculativo, exprimem apenas a interpretação que aquela instituição faz das normas jurídicas aplicáveis e não são por isso susceptíveis de gerar direitos (para a administração da União, os Estados membros ou as empresas) ou obrigações (v.g. para os Estados membros e ou as empresas).

2. Neste sentido, não resulta certamente da adoção da comunicação de 30 de julho de 2013 e do novo enquadramento que a Comissão Europeia aí diz ir aplicar a todos os auxílios ou regimes de auxílios a instituir ou decidir a partir de 1 de agosto último (§§ 90-92 da *Comunicação sobre o sector bancário*), por si só, qualquer obrigação para o Estado português de legislar.

2.2 ASPECTOS EM FALTA

3. Em todo o caso, importa também preliminarmente assinalar que se a *Comunicação sobre o setor bancário* parte do princípio da obrigatoriedade de apresentação de um plano de reestruturação, não deixa de conhecer algumas exceções. É o caso, nomeadamente, daquela prevista no § 61 da Comunicação e que, aparentemente, não mereceu acolhimento pelo legislador.

4. Mas, em geral, também constitui nosso entendimento o de que a frequente referência aos princípios, regras e orientação em matéria de auxílios de Estado que é feita no projeto de diploma é suscetível de apresentar dois

problemas principais: aumentar o nível de insegurança e incerteza jurídicas sobre o regime aplicável e colocar o setor financeiro nacional, mesmo quando o primeiro problema se não coloque, numa situação de maior exigibilidade do que a que resulta das regras europeias. E este parece ser um fator decisivo, a nosso ver, para justificar um menor condicionamento do setor financeiro nacional, no presente contexto de crise económica e financeira.

5. A isto acresce, ainda, a circunstância de a lei remeter muitas vezes para decisões do Estado ao abrigo dos sempre referidos "princípios, regras e orientações europeias em matéria de auxílios de Estado" mesmo quando a competência para aprovar essas medidas não compete ao Estado mas, em concreto, à Comissão Europeia.

6. É, por seu turno, merecedor de censura o papel que a lei (não) reserva aos bancos que são objeto de um plano de reestruturação a ser apresentado pelo Estado e aprovado pela Comissão Europeia. Sendo verdade que o diálogo a nível de regras de auxílios de Estado é estabelecido entre a Comissão Europeia e o Estado membro, afigura-se da maior conveniência que a instituição de crédito seja **sujeito e não apenas objeto** no processo que decorre junto da Direção Geral da Concorrência da Comissão Europeia (DG COMP). Neste sentido, propõe-se que a instituição de crédito se mantenha envolvida no processo tendente à aprovação do plano de reestruturação por parte da DG COMP, sem que cesse a sua intervenção com a apresentação do plano de reestruturação prevista no artigo 8.º-J do diploma.

2.3 COMPETÊNCIA PARA A ADOÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS

7. Em Parecer previamente emitido sobre a Proposta de Lei n.º 127/XII/2013, tendente à sexta alteração à Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, defendemos o entendimento de que a realização de uma operação de

capitalização obrigatória com recurso ao investimento público não deve ser determinada por mero ato administrativo (i.e., por "*despacho do membro do Governo responsável pela área das finanças*"), conforme se encontrava previsto na mencionada proposta de lei, mas antes deve observar a forma de ato legislativo, ainda que na modalidade de decreto-lei do Governo.

8. Nesse sentido, salientámos estar perante uma medida que pressupõe a adoção de opções políticas fundamentais, implicando, pela sua gravidade, a intervenção de todos os membros do Governo, reunidos em Conselho de Ministros, bem como a possibilidade de controlo pelo Presidente da República, por via do direito de veto previsto no artigo 136.º da Constituição, e pela Assembleia da República, através do instituto da apreciação parlamentar previsto no artigo 169.º da Constituição.

9. Apesar da argumentação então apresentada, a versão final da referida proposta de lei (cuja aprovação parlamentar deu origem à Lei n.º 48/2013, de 16 de julho) acabou por manter as soluções inicialmente gizadas em matéria de competência, o que – segundo as informações que nos foram transmitidas – se terá fundamentalmente devido à preocupação de assegurar que as operações de recapitalização forçada que se revelem necessárias são concretizadas de forma célere e eficaz.

10. Compreendendo essa preocupação, e por isso evitando repetir o que antes foi dito a respeito da Proposta de Lei n.º 127/XII/2013, importa, não obstante, realçar que as alterações de regime preconizadas pela Proposta de Lei n.º 181/XII vêm inevitavelmente reforçar as considerações pelas quais defendemos a necessidade de prever a observância de uma forma mais solene para efeitos de adoção das medidas em apreço.

11. É que, de acordo com as referidas alterações de regime, a Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, deverá passar a contemplar, a par da faculdade de determinação da realização de uma operação de capitalização obrigatória – introduzida pela Lei n.º 48/2013, de 16 de julho

–, a faculdade de determinação de «*medidas de repartição de encargos pelos acionistas e credores subordinados*» de caráter igualmente obrigatório

12. O exercício simultâneo destas duas faculdades é passível de gerar implicações acrescidas na ótica de importantes direitos fundamentais, como é o caso do *direito à livre iniciativa económica privada*, consagrado no n.º 1 do artigo 61.º da Constituição, e do *direito fundamental de propriedade privada*, previsto no artigo 62.º da Constituição, bem como um impacto vital sobre o sector bancário a nível nacional e europeu.

13. Atendendo ao caráter indiscutivelmente estruturante das medidas previstas na Proposta de Lei n.º 181/XII, considera-se, assim, absolutamente fundamental assegurar o envolvimento dos titulares dos principais órgãos de soberania na definição e controlo dos respetivos termos, submetendo-se a sua implementação em cada caso concreto à prévia aprovação pelo Conselho de Ministros de um decreto-lei nesse sentido, subsequentemente enviado para promulgação do Presidente da República e sujeito a apreciação pela Assembleia da República.

14. Não se descura, com isto, a preocupação subjacente às opções legislativas previamente tomadas quanto à Proposta de Lei n.º 127/XII/2013, centrada nas exigências de celeridade e eficácia das medidas aí contempladas: na prática, à semelhança do que tem sucedido noutros domínios e momentos históricos – podendo, desde já, evocar-se o exemplo da nacionalização do BANCO PORTUGUÊS DE NEGÓCIOS, S. A., determinada por um diploma legal que obteve promulgação e publicação no prazo de apenas seis dias após a sua aprovação –, os titulares dos órgãos de soberania envolvidos – a começar, desde logo, pelos membros do Governo – não deixarão certamente de ter essa preocupação em atenção no processo de aprovação das respetivas decisões, acautelando a urgência que se revele necessária.

15. Acresce que a necessidade de aprovação de um decreto-lei do Governo – e de cumprimento dos trâmites próprios do processo legislativo – nem

sequer confere, em abstrato, maior morosidade ao procedimento estabelecido na Proposta de Lei n.º 181/XII para a capitalização obrigatória, considerando que esse procedimento já inclui uma fase (com o inerente compasso de espera) destinada à obtenção da aprovação da Comissão Europeia, como instituição da União competente em matéria de auxílios de estado (cfr. artigo 13.º da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, na redação conferida pela proposta de lei em análise), que poderá também servir para avançar com o cumprimento dos referidos trâmites do processo legislativo.

16. Cumpre ter presente que a própria «*Comunicação sobre o setor bancário*», cuja emissão motivou a elaboração da Proposta de Lei n.º 181/XII, reconhece, no seu Considerando 23, que a capitalização dos bancos, devendo ser realizada de forma célere e eficaz de modo a fazer face à erosão da confiança no setor, deve igualmente basear-se em decisões ponderadas e estruturadas, até porque, na ausência de tal ponderação e estruturação, a sua concretização acaba por ser frequentemente adiada, dando origem "*a uma fatura final mais pesada para os contribuintes*".

17. É certo que, conforme aquela Comunicação também reconhece, existem *situações de emergência* que obrigam à imediata adoção de medidas por forma a preservar a estabilidade de todo o sistema financeiro (cfr. n.os 50 a 54 da «*Comunicação sobre o setor bancário*»); todavia, no limite, apenas nessas situações excecionais - transpostas para o teor do artigo 15-B.º aditado à Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, pela proposta de lei em análise - existiria, eventualmente, motivo atendível para se afastar a participação dos titulares dos principais órgãos de soberania no processo de tomada de decisões tão importantes para a economia nacional.

18. Nestes termos, propõe-se a alteração do regime estabelecido no artigo 16.º da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, na redação conferida pela proposta de lei em análise, mais concretamente, dos n.os 3, 7, 9 e 10 desse artigo, de modo a atribuir ao Governo no seu todo, no quadro do exercício

do respetivo poder legislativo, a competência para a determinação da realização de operações de capitalização e de medidas de repartição de encargos de caráter obrigatório, sem prejuízo de se estabelecer um regime excecional para comprovadas situações de emergência.

2.4 PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

19. No Parecer emitido sobre a Proposta de Lei n.º 127/XII/2013, procurámos simultaneamente evidenciar a necessidade de o regime aí estabelecido, em virtude das compressões e restrições introduzidas na esfera de direitos fundamentais com natureza análoga à dos *direitos, liberdades e garantias,* observar as exigências decorrentes do *princípio da proporcionalidade,* nas suas vertentes da *adequação, necessidade* e *proporcionalidade stricto sensu.*

20. À luz desse princípio, referimos ser absolutamente essencial assegurar que a determinação, em concreto, de uma operação de capitalização obrigatória com recurso a capitais públicos – com a inerente preterição dos poderes de deliberação dos acionistas da instituição de crédito intervencionada – constitui uma medida de *ultima ratio,* cuja adoção apenas se justifica *se, na medida* e *enquanto* todas as alternativas possíveis se revelem inviáveis, menos eficientes ou, mesmo, contraproducentes na ótica do fim último de garantia da estabilidade do sistema financeiro.

21. Nesse sentido, apresentámos várias propostas de clarificação e alteração do texto da Proposta de Lei n.º 127/XII/2013 - algumas das quais foram acolhidas na versão final dessa iniciativa legislativa (v.g. as propostas tendentes a explicitar a natureza *subsidiária* das operações de capitalização obrigatória).

22. A nosso ver, a Proposta de Lei n.º 181/XII, ao reforçar o conjunto de medidas passíveis de serem adotadas para preservar a estabilidade do sistema financeiro - ampliando o universo de pessoas e direitos potencialmente afetados – vem tornar ainda mais prementes as propostas

de clarificação e alteração previamente apresentadas quanto ao regime introduzido pela Proposta de Lei n.º 127/XII/2013.

23. Mais do que reiterar essas propostas - cujo teor aqui nos dispensamos de reproduzir, remetendo para o teor do nosso Parecer anterior –, importa, não obstante, apresentar algumas propostas de clarificação e alteração dos novos aspetos de regime previstos na Proposta de Lei n.º 181/XII - em particular, naquilo que concerne às denominadas «*medidas de repartição de encargos*» –, com vista a garantir a estrita observância do *princípio da proporcionalidade*, de modo que os "*direitos fundamentais sejam respeitados e a estabilidade financeira não seja posta em risco*", tal como a própria «*Comunicação sobre o setor bancário*» – em harmonia com a nossa Constituição – expressamente impõe no seu Considerando 19.

24. A nossa primeira proposta prende-se com a faculdade de determinação de «*medidas de repartição de encargos*» com caráter obrigatório.

25. De acordo com o citado *princípio da proporcionalidade*, o exercício dessa faculdade deve revestir – tal como a determinação de realização de uma operação de capitalização obrigatória – caráter absolutamente excecional.

26. O que significa que a determinação de «*medidas de repartição de encargos*» com caráter obrigatório não pode ter lugar aquando da simples verificação de uma situação de «*insuficiência de fundos próprios*» – conceito que, tal como se encontra definido no n.º 2 do artigo 8.º-A aditado à Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, reveste caráter extremamente abrangente –, mas apenas e tão-somente nos casos que, nos termos do artigo 16.º da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, legitimem a determinação de realização de uma operação de capitalização obrigatória - o que, de acordo com o citado artigo, apenas sucede nas situações em que a deterioração da situação financeira e prudencial da instituição é passível de deter graves consequências para a estabilidade do sistema financeiro nacional e em que inexistam medidas alternativas adequadas à sua resolução.

27. Nos demais casos, a «*repartição de encargos*» deve ser encarada como uma medida voluntária, cuja adoção (bem como a definição dos respetivos termos) depende de proposta apresentada pelas instituições de crédito – e de deliberação final da respetiva assembleia geral –, com vista a aceder ao investimento público para reforço dos seus fundos próprios.

28. A nosso ver, este aspeto não resulta claro da Proposta de Lei n.º 181/XII, nomeadamente, do disposto nos artigos 8.º-B, n.º 4, 8.º-D, n.º 1, e 8.º-E aditados à Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro.

29. Nestes termos, sugere-se a alteração do texto da proposta de lei em análise de modo a esclarecer que a determinação de «*medidas de repartição de encargos*» com caráter obrigatório **apenas pode ocorrer no quadro e para efeitos de implementação de uma operação de capitalização obrigatória**.

30. A nossa segunda proposta de clarificação e alteração diz respeito à determinação de «*medidas de repartição de encargos*» em geral, independentemente de essa determinação relevar para efeitos do pretendido acesso de uma instituição ao investimento público ou se reportar à realização de uma operação de capitalização obrigatória

31. De acordo com o n.º 4 do artigo 8.º-B aditado pela Proposta de Lei n.º 181/XII, as «*medidas de repartição de encargos*» destinam-se, *prima facie*, a eliminar ou reduzir o efetivo recurso ao investimento público.

32. Tais medidas detêm, porém, evidentes repercussões na esfera jurídica dos acionistas e credores subordinados das instituições, interferindo com a proteção do respetivo *direito fundamental à propriedade privada*.

33. A determinação das referidas medidas – enquanto pressuposto ao acesso ao investimento público ou enquanto medida associada à determinação de uma operação de capitalização obrigatória – deve, portanto, constituir uma **solução de último recurso**, cuja aplicação apenas deverá ter lugar no caso de ausência ou inadequação de outras formas de cobertura da

detetada insuficiência de fundos próprios, como é o caso das "*medidas de mobilização de capitais*" ou "*outras possibilidades, nomeadamente qualquer outra ação de supervisão como medidas de intervenção precoce ou outras medidas de correção*", referenciadas no n.º 43 da «*Comunicação sobre o setor bancário*».

34. E, conforme se refere no n.º 45 dessa Comunicação, mesmo no cenário de comprovada ausência ou inadequação de soluções alternativas, a determinação de «*medidas de repartição de encargos*» não deve ocorrer nas situações em que "*a implementação dessas medidas pusesse em risco a estabilidade financeira ou conduzisse a resultados desproporcionados*".

35. É o caso, por um lado, das situações em que a determinação de «*medidas de repartição de encargos*» pudesse perturbar o mercado de dívida subordinada – risco evidenciado pelo Presidente do Banco Central Europeu em carta enviada ao Vice-Presidente da Comissão Europeia em 30 de julho de 2013 – e, por outro lado, das situações "*em que o montante do auxílio a receber é pequeno em comparação com os ativos do banco ponderados pelo risco*" ou em que "*o défice de capital foi significativamente reduzido, nomeadamente através de medidas de mobilização de capitais*" – cuja atendibilidade é expressamente reconhecida no n.º 45 da «*Comunicação sobre o setor bancário*».

36. A nosso ver, os aspetos acima referenciados também não resultam de forma clara da Proposta de Lei n.º 181/XII.

37. Nesta conformidade, sugere-se a alteração do texto da proposta de lei em análise de modo a esclarecer que as «*medidas de repartição de encargos*» apenas devem ser determinadas **quando inexistam outras soluções que permitam adequadamente cobrir a insuficiência de fundos próprios da instituição** e a sua implementação se revele prejudicial ou desproporcional à luz do objetivo de garantia da estabilidade do sistema financeiro.

38. A nossa terceira proposta de clarificação e alteração incide sobre a questão da natureza das «*medidas de repartição de encargos*» a determinar.

39. Conforme decorre da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 181/XII, "*no âmbito da definição das medidas de repartição de encargos,* (...) *os acionistas da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição*", o que, decorrendo da necessidade de acautelar o respeito pelo *princípio e direito fundamental à igualdade* – i.e., ao tratamento diferenciado das situações diferenciadas –, está em linha com orientação contida no n.º 41 da «*Comunicação sobre o setor bancário*» no sentido de que as "*perdas serão normalmente absorvidas em primeiro lugar pelo capital próprio*".

40. Este aspeto parece ter concretização no n.º 3 do artigo 8.º-D aditado pela Proposta de Lei n.º 181/XII, todavia, em termos que não se afiguram facilmente percetíveis e que suscitam algumas dúvidas em face do n.º 2 do mesmo artigo, onde se dispõe generalizadamente (e sem aparentes ressalvas) que as medidas de repartição de encargos pelos acionistas e credores subordinados "*podem ser aplicadas alternativa ou cumulativamente*".

41. Assim sendo, sugere-se a alteração do texto da proposta de lei em análise de modo a explicitar a ordem sequencial de prioridade das *medidas de repartição de encargos* previstas no n.º 1 do mencionado artigo 8.º-D.

42. A nossa quarta e última proposta de clarificação e alteração relaciona-se com o princípio do não agravamento da situação dos credores subordinados, enunciado no n.º 41 da «*Comunicação sobre o setor bancário*» e reafirmado no n.º 1 do artigo 8.º-I aditado pela Proposta de Lei n.º 181/XII.

43. Esse princípio é acautelado através do reconhecimento aos credores subordinados do direito a uma compensação, correspondente à diferença entre o prejuízo que assumiram com as «*medidas de repartição de encargos*» determinadas e o prejuízo que assumiriam no caso de, na ausência dessas medidas, a instituição não lograr aceder ao investimento público.

44. Ora, desde logo, afigura-se duvidoso assumir – como faz o artigo 8.º-I aditado pela Proposta de Lei n.º 181/XII – que a inevitável consequência do não acesso ao investimento público (e, por conseguinte, o referencial a

atender na efetivação do princípio acima mencionado) consistiria, em todas as situações de «*insuficiência de fundos próprios*» exemplificativamente previstas no n.º 2 do artigo 8.º-A aditado à Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, na entrada da instituição de crédito em processo de liquidação.

45. De igual modo, é possível suscitar fundadas dúvidas a respeito do regime de compensação estabelecido no citado artigo 8.º-I, uma vez que esse regime não contém qualquer referência à possibilidade de recurso aos tribunais pelos credores subordinados para efeitos de defesa desse direito, conforme impõe o *direito fundamental de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva* genericamente afirmado no artigo 20.º da Constituição.

46. Face ao exposto, sugere-se a alteração do texto da proposta de lei em análise de modo a dissipar as dúvidas aqui enunciadas.

2.5 A INCERTA ARTICULAÇÃO COM O REGIME GERAL BANCÁRIO

47. O proposto artigo 25.º-A estabelece que o disposto na Lei n.º 63-A/2008 não prejudica a aplicação de outras medidas legalmente previstas, designadamente das medidas de intervenção corretiva, administração provisória e resolução.

Sucede que a previsão normativa que estabelece a possibilidade de aplicação de medidas de intervenção corretiva e, em particular, a obrigação de apresentação de planos de recuperação[1], encerra também a previsão normativa da obrigação de apresentação de um plano de reforço de capitais. Designadamente, todas estas medidas têm aplicação nos casos em que seja detetado um desequilíbrio financeiro/insuficiência de fundos próprios.

---

[1] Nos termos do artigo 116.º-D do RGICSF, as instituições de crédito autorizadas a receber depósitos devem apresentar ao Banco de Portugal um plano de recuperação "*com o objetivo de identificação das medidas suscetíveis de ser adotadas para corrigir oportunamente uma situação em que uma instituição de crédito se encontre em desequilíbrio financeiro, ou em risco de o ficar...*".

48. Não é, assim, de modo algum claro como deve ser feita a articulação entre os dois regimes, *maxime* se as duas obrigações – de apresentação de um plano de recuperação, que também abrange mecanismos para reforço dos fundos próprios da instituição de crédito, e de apresentação de um plano de reforço de capitais - efetivamente coexistem (o que poderá revelar-se uma duplicação inútil) ou se um pode consumir o outro, por exemplo se a obrigação de apresentação de um plano de reforço de capitais pode ser suprida pela apresentação de um plano de recuperação ou se a apresentação do plano de reforço de capitais pode suspender a obrigação de apresentação de um plano de recuperação.

49. Esta aparente sobreposição dos dois regimes resulta do facto de o Capítulo II, relativo à redução da insuficiência de fundos próprios, ter uma abrangência genérica, com aplicação independentemente de se pretender recorrer ao investimento público para capitalização da instituição de crédito. Estas matérias de cariz mais genérico, como o sejam a obrigação de suprir uma situação de insuficiência de fundos próprios, deveriam estar reguladas no RGICSF, e não num diploma avulso, que cria agudas dificuldades de compatibilização dos dois regimes.

50. Em alternativa, o que este diploma poderia prever seria uma faculdade alternativa quando se vê confrontada com uma situação de insuficiência de fundos próprios: (*i*) ou apresenta um plano de reforço de capitais que respeite as condições previstas neste diploma, que confere legitimidade à instituição para recorrer à capitalização com recurso ao investimento público ou (*ii*) apresenta um plano de recuperação nos termos do RGICSF, sem dar cumprimento às exigências especiais do diploma, o que não lhe confere possibilidade de aceder ao investimento público para a capitalização da instituição.

2.6 O ENVOLVIMENTO DOS ÓRGÃOS SOCIAIS, DOS ACIONISTAS E DOS OUTROS CREDORES NA COREÇÃO DA SITUAÇÃO DE DESEQUILÍBRIO

51. Impressionam os diferentes paradigmas em que assentam os planos de recuperação e os planos de reforço de capitais que se encontram previstos no projeto do diploma. Os primeiros são, marcadamente, da responsabilidade do órgão de administração da instituição, inscrevendo-se na esfera mais reservada coberta pelo sigilo profissional, uma vez que não podem sequer ser revelados aos acionistas da instituição de crédito (artigo 116.º-D, n.º 5). Os segundos, ao invés, em particular as medidas de repartição de encargos impostas aos titulares de instrumentos financeiros ou outros contratos elegíveis para os fundos próprios da instituição, pressupõem necessariamente a partilha dos planos de reforço de capitais com os terceiros afectados pelas medidas de repartição de encargos, sendo que a responsabilidade pela decisão relativa à determinação das medidas de repartição de impostos é transferida do foro interno social para uma hetero-imposição pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, mediante proposta do Banco de Portugal[2].

52. Ainda que a intervenção pública na recapitalização de instituições de crédito deva ser encarada como uma intervenção de último reduto, tal não parece justificar que, no momento da elaboração dos planos de reforço de capitais (i) seja afastado o conselho de administração da instituição de crédito do processo decisório (que não deixaria de ter de implicar uma desresponsabilização deste órgão pelo resultado da aplicação das medidas determinadas por terceiros) e (ii) que sejam menosprezadas as preocupações ínsitas no RGICSF, que aborda com cautela e proporção a

[2] Não é, contudo, apreensível como poderá o órgão de administração apresentar um plano de reforço de capitais que inclua medidas de repartição de encargos quando a determinação destas medidas compete, aparentemente, a outra entidade.

divulgação da existência dos planos (que são reflexo da situação de desequilíbrio financeiro da instituição), certamente por decorrência do alarme que essa divulgação poderia propiciar, o que poderia agudizar as dificuldades sentidas pela instituição e inclusivamente propagar e contagiar não só aos depositantes e outros credores dessa instituição mas também de outras instituições.

53. Esta preocupação leva inclusivamente a questionar se estes perigos não suplantam os benefícios decorrentes das finalidades últimas das medidas de repartição de encargos, i.e. limitar o recurso ao investimento público ou assegurar que o investimento público possa beneficiar de um grau de subordinação mais favorável num cenário concursal.

54. Faz-se notar que em momento algum, mesmo na iminência da aplicação de aplicação de medidas de resolução ou da revogação de autorização, o legislador nacional ou comunitário impõem ao acionista da instituição de crédito ou outros credores subordinados obrigações de aportar fundos à instituição ou de suportar outros encargos para além do ónus que já resulta da sua condição natural de acionista ou de credor subordinado, i.e. de perderem o capital investido na sequência da revogação de autorização da instituição num cenário em que esta não tem ativos suficientes para reembolsar credores subordinados num contexto de liquidação ou, no caso de titulares de instrumentos financeiros elegíveis para fundos próprios, a absorção de prejuízos, porém exclusivamente de acordo com os mecanismos e disposições que regem esses instrumentos (e que terão sido sancionados pelo Banco de Portugal nos termos do Aviso 6/2010) e não sob quaisquer outras condições que possam ser impostas unilateralmente.

2.7 MEDIDAS DE REPARTIÇÃO DE ENCARGOS (*BURDEN SHARING*)

2.7.1 PRINCÍPIOS GERAIS RELATIVOS ÀS MEDIDAS DE REPARTIÇÃO DE ENCARGOS (ART.º 8.º-D)

55. Sem prejuízo das demais observações já aqui formuladas relativamente à pertinência destas medidas de repartição de encargos, duvida-se que a aplicação das mesmas (ou, pelo menos, a sua aplicação em alternativa, conforme previsto no número 2 deste artigo, mas que por outro lado acaba por ser contrariado pelo número 3) possa ter algum contributo efetivo para a cobertura de insuficiência de fundos próprios.

56. Por outro lado, salienta-se que a supressão do valor nominal das ações de uma instituição de crédito (que não seja acompanhada de uma operação de aumento ou redução do capital social) é absolutamente neutra no que respeita ao volume dos capitais próprios da instituição.

2.7.2 FALTA DE INTERVENÇÃO SOCIETÁRIA NAS REDUÇÕES E AUMENTOS DE CAPITAL E NA SUPRESSÃO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA (ARTIGOS 8.º-E E 8.º-F)

57. A possibilidade de proceder a aumentos ou reduções de capital sem intervenção do corpo acionista ou a supressão do direito de preferência (prevista no artigo 8.º-F) não se encontra alinhada com o regime da denominada Segunda Diretiva de harmonização do direito societário (Diretiva 77/91/CEE, do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade) e reiterado pela atual Diretiva 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, igualmente tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos

interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 54.° do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade.

58. Esta incompatibilidade com o regime europeu é atestada pela própria interpretação que o Tribunal de Justiça tem feito, de que os chamados casos gregos são emblemáticos, 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.

59. Este é um vício de que já padece a redação atual do diploma, pelo menos enquanto não for aprovada a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento, em termos que expressamente permitam a aprovação da operação de capitalização com recurso a investimento público com preterição das competências gerais próprias da coletividade dos sócios. Assim, a solução consagrada na Proposta de Lei não é atualmente compatível com o direito europeu, entendimento este já sancionado pelo Tribunal de Justiça.

2.7.3 EFEITOS DA CONVERSÃO (ARTIGO 8.°-G)

60. Sugere-se uma inversão dos números 1 e 2 deste artigo para acentuar a nota de que o mesmo não tem aplicação geral, mas apenas quando, conforme se depreende do número 2, da conversão resulte que o acionista passa a deter uma participação qualificada.

61. Salienta-se, no entanto, que esta contingência desvaloriza ainda mais a posição do investidor que vê o seu investimento convertido em ações sem direito de voto, pelo que esse investidor terá uma compulsão para vender que reduzirá o seu poder negocial numa alienação dessas ações, ainda para mais num período em que a instituição de crédito enfrenta dificuldades financeiras (sendo certo que o investimento poderia ter sido efetuado numa perspetiva de longo prazo, o que constitui uma brecha na confiança do investidor). Esta desvalorização **deveria ser adequadamente ponderada no ressarcimento do investidor** previsto no n.º 3 do artigo 8.º-I.

2.7.4 CRITÉRIOS PARA A REDUÇÃO DO VALOR NOMINAL (ARTIGO 8.º-H)

62. Não se encontra suficientemente densificado de que modo a redução do valor nominal varia em função da ordem de subordinação dos instrumentos ou contratos, i.e. se são primeiro reduzidos os créditos dos credores com maior grau de subordinação, e só depois de reduzido a zero o valor nominal desses créditos se passa para os credores com um grau de subordinação mais favorável, ou se, por outro lado, deve ser feita alguma proporção na redução, tendo em conta a probabilidade de satisfação desses créditos num cenário de insolvência.

63. Sugere-se ainda a substituição da expressão "insolvência" por "revogação de autorização" ou "entrada em liquidação".

2.7.5 CONSEQUÊNCIAS DAS MEDIDAS DE REPARTIÇÃO DE ENCARGOS (ARTIGO 8.º - I)

64. Apesar de ser meritória a preocupação de, pelo menos, limitar o sacrifício imposto com a imposição de medidas de repartição de encargos, a sua exequibilidade revela-se duvidosa, pelas razões abaixo apresentadas.

65. Por um lado, revela-se difícil entender como será apurado o crédito da entidade afetada pela medida de repartição de encargos. Este crédito corresponde à diferença entre o prejuízo assumido com a conversão dos instrumentos financeiros em capital social ou com a redução do valor nominal desses instrumentos e o prejuízo que essa entidade teria se mantivesse o seu instrumento financeiro nas suas condições originárias mas se a instituição fosse forçada a ser liquidada na data de aplicação de medidas de repartição de encargos.

66. Este segundo termo da comparação é apurado através da estimativa feita por entidade independente[3]. Pondo de parte as preocupações quanto à celeridade, custos e precisão de uma tal avaliação para apuramento do segundo termo da comparação[4], o projeto legislativo não oferece qualquer base de apoio sobre o que deve ser considerado como prejuízo para efeitos do primeiro termo de comparação. Surge a dúvida quanto a saber, no caso de conversão de ações, se a referência é: *i*) a diferença entre o valor nominal das ações atribuídas e o valor nominal dos títulos convertidos; *ii*) a diferença entre o valor de mercado das ações atribuídas e dos títulos convertidos; *iii*) a diferença desse valor na data da conversão ou de acordo com uma avaliação prospetiva do valor na data de maturidade do título; ou, por fim, *iv*) a diferença entre o valor que o (novo) acionista receberia em caso de liquidação da instituição de crédito e o valor que receberia se os títulos não tivessem sido convertidos. Esta incerteza **deve ser eliminada** no enunciado do diploma.

---

[3] Melhor seria se fosse utilizado o critério do n.º 2 do artigo 8.º-C, já que o conceito de entidade independente não é de apreensão imediata.

[4] O que pode suscitar dúvidas, já que esse exercício, para ser exato, pressuporia afinal que fosse feito um simulacro da liquidação, que se apurasse, tal como o liquidatário faria, quais são os créditos que seriam reconhecidos, como é que cada um desses créditos deveria ser graduado, que operações deveriam ser revertidas para a massa insolvente, etc., e que se alienassem todos os ativos e arrecadasse todos os créditos da instituição, o que pressuporia também juízos sobre a cobrabilidade desses créditos.

67. Por outro lado, mediante a atribuição do crédito à diferença desse valor, o qual, tanto quanto a lei deixa depreender, é imediatamente exigível, poderia criar uma pressão ainda maior sobre o passivo da instituição, o que poderia em última instância jogar em detrimento dos credores comuns da instituição de crédito.

2.8 AS IMPLICAÇÕES LABORAIS

68. Na medida em que algumas das regras relativas à política remuneratória, constantes do artigo 15.ºA, abrangem relações de trabalho subordinadas, sujeitas ao regime laboral comum, relativamente ao n.º 2, sugerimos que se **substitua a referência a indemnizações por compensações**, termo que reputamos mais adequado para referenciar as situações que se pretendem abranger, isto é, os casos de cessação lícita do contrato de trabalho a que a lei associa o pagamento de uma compensação, como sucede nos despedimentos colectivos e nos processos de redução de pessoal concretizados através de acordos revogatórios que representam alternativas a despedimentos. Já o termo indemnização é, em regra, associado aos casos de cessação ilícita do contrato de trabalho, sendo o respectivo valor fixado caso a caso por decisão judicial, ainda que a lei estabeleça parâmetros mínimos e máximos a observar pelo tribunal.

69. Ainda quanto a este preceito, parece-nos que se deve **eliminar a referência aos montantes das compensações devidas por força de contrato**, pois o Código do Trabalho (artigo 339.º) não consente que as normas legais sobre compensações associadas à cessação do contrato de trabalho sejam afastadas ou modificadas por disposições contratuais. Em alternativa, poder-se-ão salvaguardar os montantes devidos nos termos de disposições de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, já que se admite, ainda que em termos mitigados, que a contratação colectiva de trabalho tenha alguma intervenção neste domínio.

2.9 AS IMPLICAÇÕES SANCIONATÓRIAS

70. A proposta de Lei introduz um novo regime sancionatório, aditando ao diploma um novo artigo 25.º-B. Esta disposição suscita graves problemas de constitucionalidade, perante os princípios da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição). Tais problemas são logo visíveis considerando as diversas infracções qualificadas como contra-ordenação pela disposição em questão. E numa dupla vertente.

71. Antes de mais, afigura-se desde logo claro que as infracções previstas nas diversas alíneas, quando comparadas entre si, mostram uma natureza e gravidade muito diferentes. Assim, por exemplo, parece claro que a infracção prevista na alínea b) do n.º 1 não se mostra comparável com a infracção prevista na alínea d) do mesmo número. E, no entanto, para uma como para outra, estabelece-se a mesma coima de € 10.000 a € 5.000.000 ou de € 4.000 a € 2.000.000, consoante seja aplicada a pessoa coletiva ou a pessoa singular.

72. Por outro lado, ao menos na sua direta expressão literal, algumas normas sancionatórias mostram-se suscetíveis de abranger infrações de gravidade muito diferente entre si, incluindo infrações de mínima entidade, equiparando todas elas no plano punitivo.

Assim, por exemplo, na alínea a), qualquer atraso ou incumprimento das "exigências legais" do plano de reforço de capitais, por mínimo (e materialmente irrelevante que seja) parece abrangido no tipo e, pois, sancionado com coima de € 10.000 a € 5.000.000 ou de € 4.000 a € 2.000.000, consoante seja aplicada a pessoa coletiva ou a pessoa singular. Mesmo um atraso de um dia.

73. Idêntica moldura sancionatória seria aplicável se, para efeitos da alínea d) do mesmo dispositivo, a análise dos ativos realizada pela instituição de crédito não for tida como suficientemente aprofundada, muito embora essa insuficiência possa ser dos mais diversos graus – e sendo certo que, por outro lado, a lei não faculta os critérios de profundidade dessa análise.

O mesmo sucede com a alínea b), na qual, formalmente, é equiparada à punição do incumprimento total do plano de reforço de capitais a punição do incumprimento parcial e, além disso, de qualquer incumprimento parcial, qualquer que seja a sua gravidade e, portanto, mesmo que seja de gravidade diminuta.

74. Assim, logo tomando a disposição em causa em si mesma, ela mostra-se gravemente deficitária relativamente aos comandos primários da igualdade e da proporcionalidade (artigos 13.º e 18.º, n.º 2, da Constituição), uma vez que, por um lado, ao equiparar comportamentos de gravidade muito diferente, vem a tratar igualmente o que é desigual e que, por outro lado, faz seguir (também) a comportamentos menos graves (sem excluir mesmo comportamentos de gravidade diminuta) uma sanção gravíssima – a mais grave, aliás, que o sistema contra-ordenacional português conhece.

75. Estes problemas de constitucionalidade avultam quando se alarga o horizonte da análise e se procura olhar para a disposição em questão de modo sistemático, ou seja, não penas em si mesma, mas no contexto material mais vasto em que se insere.

76. Esse contexto é, naturalmente, o das contra-ordenações bancárias, previstas e sancionadas nos termos do RGIC, como aliás deriva da disposição em análise, ao atribuir competência ao Banco de Portugal para o processamento e sancionamento das contra-ordenações ali previstas (n.º

2) e, sobretudo, ao remeter para o regime material e processual previsto no título IX daquele diploma legal (n.º 3)[5].

77. A coima estabelecida nesta disposição é a coima prevista no RGIC para as "infracções especialmente graves" (artigo 211.º). No entanto, basta percorrer essas contra-ordenações para verificar que o conteúdo de ilícito (e, pois, a natureza e gravidade) das contra-ordenações previstas no artigo 25.º-B da Proposta de Lei nada tem que ver com o dessa categoria de infrações. Basta pensar, por exemplo, na "prática não autorizada, por quaisquer indivíduos ou entidades, de operações reservadas às instituições de crédito ou às sociedades financeiras" no "exercício, pelas instituições de crédito ou pelas sociedades financeiras, de atividades não incluídas no seu objeto legal, bem como a realização de operações não autorizadas ou que lhes estejam especialmente vedadas", na "realização fraudulenta do capital social" (artigo 211.º, als. a) a c), do RGIC) para o compreender. Mais até: pelo menos em parte, o conteúdo de ilícito das contra-ordenações previstas no artigo 25.º-B é, antes, análogo ou materialmente próximo ao das infracções que estão previstas no artigo 210.º do RGIC, para as quais se comina uma coima assinalavelmente menos severa: a de coima de € 3.000 a € 1.500.000 ou de € 1.000 a € 500.000, consoante seja aplicada a pessoa coletiva ou a pessoa singular.

78. Ocorre recordar que, para o sistema jurídico português, a inobservância de relações e limites prudenciais por instituições de crédito – que, por si, pode determinar a necessidade de adopção de plano de recapitalização – *não* é qualificada como infração especialmente grave, antes se integrando na previsão geral do artigo 210.º (alínea d)).

79. Assim, parece claro que as infrações previstas nas alíneas a) e c) do artigo 25.º-A estão materialmente próximas da infracção prevista na alínea f) do

[5] Assinale-se o desvio de redacção, ao determinar que se aplica "aos processos", o regime "material e processual". O que se deve querer dizer é que o disposto no título IX do RGIC se aplica *às contra-ordenações previstas nos números anteriores e ao respectivo processo.*

artigo 210.º do RGIC, de maneira que de modo nenhum se justifica que sejam para elas cominadas sanções diversas e mais graves. Nessa medida, a consideração da disposição no contexto material em que se iria inserir, confirma-se o juízo de inconstitucionalidade por violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade (artigos 13.º e 18.º, n.º 2, da Constituição) que a sua consideração isolada já impõe.

80. Na sequência do exposto, propõe-se que a coima cominada para a generalidade das contra-ordenações previstas na disposição em análise seja a de € 3.000 a € 1.500.000 ou de € 1.000 a € 500.000, consoante seja aplicada a pessoa coletiva ou a pessoa singular. A coima de € 10.000 a € 5.000.000 ou de € 4.000 a € 2.000.000, consoante seja aplicada a pessoa coletiva ou a pessoa singular, seria **reservada exclusivamente aos casos de incumprimento total ou substancial do plano de reforço de capitais**.

2.10 DIVERSOS

81. O n.º 2 do artigo 8.º-E aditado pela Proposta de Lei n.º 181/XII à Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, determina que "*a decisão* (de determinação das medidas de repartição de encargos) *prevista no número anterior produz efeitos independentemente de qualquer disposição legal* (...) *em contrário*". Este normativo é passível de diversas interpretações: uma delas, sustentada no seu teor literal, permitiria extrair da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, uma habilitação genérica à aprovação de *atos administrativos contra legem*, ou seja, contrários a disposições contidas em atos legislativos.

82. Uma tal interpretação claramente viola, porém, o disposto no n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, nos termos do qual "*nenhuma lei pode* (...) *conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos*", pelo que – por razões de clareza e em estrito respeito pela Constituição – importa, porventura, aclarar a redação do citado n.º 2 do artigo 8.º-E.

83. No Artigo 8.º-A, sugere-se alterar a palavra "declarar" no corpo do número 2 deste artigo, que tem uma conotação de divulgação pública, semelhante à verificação da indisponibilidade dos depósitos para efeitos de acionamento do Fundo de Garantia de Depósitos, pela palavra "atestar" e incluir a obrigação de o Banco de Portugal notificar igualmente a instituição de crédito em causa, além do membro do Governo responsável pela área das finanças, sendo esta a notificação que deve desencadear o prazo previsto no artigo 8.º-B para apresentação do plano de reforço de capitais.

84. No que tange ao Artigo 8.º-B, impõe-se notar que o prazo de dez dias para apresentação do plano de reforço de capitais é excessivamente curto - tendo também em atenção a consequência da não apresentação atempada desse plano, conforme assinalado *supra* no capítulo relativo às implicações sancionatórias , se não mesmo impossível, nos casos em que as medidas tenham de ser consensualizadas com acionistas ou credores subordinados.

85. Por outro lado, as medidas destinadas a evitar a saída de fundos não se encontram densificadas. Uma vez que estas medidas constituem pressuposto para o recurso ao investimento público e a sua violação é passível de aplicação de uma contra-ordenação, seria útil que pudessem ser dados exemplos que concretizassem qual o tipo de medidas que se tem em mente. Dentro da expressão "*saída de fundos*" cabem realidades muito díspares, desde a distribuição de bens aos sócios, na aceção do artigo 32.º do Código das Sociedades Comerciais (que cremos constituirá o âmago destas medidas) mas também a concessão de novos empréstimos no âmbito do giro comercial normal da instituição de crédito ou o estabelecimento de qualquer nova relação contratual que implicasse o

pagamento de qualquer contrapartida (que cremos não se pretenderá limitar).

86. Salienta-se que, na falta de disposição legal que permita, nestas circunstâncias, derrogar as regras gerais societárias ou estatutárias quanto a distribuição de dividendos, o Conselho de Administração da instituição de crédito não poderá implementar unilateralmente essas medidas de saída de fundos.

2.10.2 APROVAÇÃO PELO BANCO DE PORTUGAL

87. Sugere-se que seja esclarecido que esta aprovação não impede a adoção das medidas de reforço de capitais constantes do plano (o que é apenas claro para as medidas destinadas à saída de fundos). Admitimos que a função de aprovação significa, neste caso, que o Banco de Portugal reconhece que estão preenchidas as condições previstas no Artigo 8.º-A para que se possa proceder à capitalização com recurso ao investimento público

2.10.3 ARTIGO 8.º-C: DESIGNAÇÃO DO AUDITOR EXTERNO

88. A menos que os custos do auditor externo designado para proceder à análise da qualidade dos ativos sejam suportados pelo Banco de Portugal, sugere-se que a instituição tenha liberdade de escolha do auditor externo de entre os auditores registados junto da CMVM (e, como tal, sujeitos ao seu crivo, o que atesta que esses auditores estarão dotados dos meios humanos, materiais e financeiros necessários para assegurar a sua idoneidade, independência e competência técnica), sem prejuízo das limitações consagradas neste artigo relativamente aos auditores que tenham estado envolvidos na certificação legal de contas ou no relatório de auditoria nos últimos três anos.

2.10.4 ART.º 13.º, N.º 4

89. Seria conveniente precisar que o termo *a quo* do referido prazo é a receção da notificação da aprovação do plano de reestruturação pelas autoridades europeias competentes.

2.10.5 ART.º 14.º, N.º 1, ALÍNEA I)

90. Deveria prever-se uma exceção para os casos em que a aquisição já resulte de compromisso anteriormente assumido pela instituição.

2.10.6 ART.º 16.º, N.º 6

91. Anota-se que a proposta redação deste número suscita dúvidas quanto à obrigatoriedade de aplicação de medidas de repartição de encargos, face ao disposto no número 4 do artigo 8.º-B.

2.10.7 ART.º 16.º-A, N.º 1, ALÍNEA E)

92. É de salientar que, com as alterações a este diploma, passam a existir outras entidades que adquirem a sua participação dentro do âmbito deste regime, designadamente os titulares de instrumentos financeiros ou outros contratos que vejam os seus créditos convertidos em ações. Deve ponderar-se se é justificável estender-se a estas entidades a não sujeição às limitações de distribuição de montantes a título de dividendos.

***

Retenha-se, a final, a disponibilidade para um diálogo construtivo – com a natural salvaguarda da urgência que o calendário impõe – sobre os pontos assinalados, de modo a que sejam encontradas vias alternativas a uma adequada solução normativa dos mesmos.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Lisboa, 25 de outubro de 2013