

WORKING PAPERS

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

Mafalda Miranda Barbosa

OS LIMITES DA MEDIDA DE RESOLUÇÃO

15

SÉRIE BCE



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

(página deixada em branco propositadamente)



I
•
J

(página deixada em branco propositadamente)

WORKING PAPERS
BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

Mafalda Miranda Barbosa

OS LIMITES DA MEDIDA DE RESOLUÇÃO

INSTITUTO JURÍDICO

EDIÇÃO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

DIREÇÃO

Luís Pedro Cunha
lpc@fd.uc.pt

REVISÃO EDITORIAL

Isaías Hipólito
ihipolito@fd.uc.pt

CONCEÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva | apsilva@fd.uc.pt
Jorge Ribeiro | jorgeribeiro@fd.uc.pt

CONTACTOS

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra
bce@fd.uc.pt

ISBN

978-989-8787-67-5

© SETEMBRO 2016

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

OS LIMITES DA MEDIDA DE RESOLUÇÃO

Mafalda Miranda Barbosa

RESUMO: A medida de resolução, enquanto medida de intervenção numa instituição bancária dotada de especial gravidade, envolve o exercício de múltiplos poderes por parte da entidade responsável pela sua aplicação. Estes poderes, contudo, não são ilimitados. A adoção de uma medida de resolução deve obedecer a determinados limites, quer quanto à sua aplicação, quer quanto à sua conformação. Neste trabalho, analisamos alguns desses limites, oferecendo critérios prático-normativos de apreciação de uma realidade dotada de um elevado grau de problematicidade.

PALAVRAS-CHAVE: medida de resolução, limites da medida de resolução, princípios conformadores da medida de resolução.

THE LIMITS OF THE RESOLUTION TOOL

ABSTRACT: The resolution tool as an intensive form of intervention in a banking institution, involves the exercise of multiple public powers by the institution responsible for its execution. However, such powers are not unlimited. Therefore, the adoption of the resolution tool must comply with certain limits, which are related to its application and its conformation. In this paper, we will analyse some of those limits by giving legal and practical criteria for the analysis of such highly complex reality.

KEYWORDS: resolution tools, limits of the resolution tool, principles of the resolution tool.

1. Formulação do problema

À entidade responsável pela aplicação de uma medida de resolução são conferidos inúmeros poderes. Tais poderes, porém, porque exercitados no quadro do ordenamento jurídico, não podem ser concebidos de forma ilimitada, como se de poderes absolutos e insindicáveis se tratassem. Nas páginas que se seguem, tentaremos olhar em termos macroscópicos para alguns desses limites, não enquanto limites aos poderes daquela entidade, mas enquanto limites a que deve obedecer a medida de resolução em si mesma. A perspectiva é, portanto, objetiva e não subjetiva.

Não o faremos, contudo, de modo exaustivo. Estando cientes de que a matéria da resolução chama à colação diversos dos tradicionais ramos do direito e concita particulares preocupações no seio do direito administrativo, por estarmos, no fundo, diante de um ato administrativo, e no seio do direito dos valores mobiliários, do direito bancário, entre outros, o nosso propósito não é o de confrontarmo-nos com ramos do direito que nos são distantes. Pelo contrário, orientar-nos-emos pela intencionalidade específica das medidas possivelmente adotadas pelo Banco de Portugal e pela mobilização de princípios fundamentais, operantes no quadro das relações privatísticas que, antes da aplicação desses remédios, se estabeleciam entre a instituição financeira e os diversos sujeitos que com ela interagiam.

Por outro lado, embora possamos eventualmente chamar à colação outras medidas de resolução, o nosso olhar orientar-se-á preferencialmente pela medida de transferência de atividade para uma instituição de transição.

2. Os poderes de resolução

Nos termos do artigo 139.º/1 RGICSF pode ser adotada, tendo em vista a solidez financeira da instituição de crédito, os interesses dos depositantes e a estabilidade do sistema finan-

ceiro, uma de três medidas: intervenção corretiva, administração provisória ou resolução¹. Entre elas, não há qualquer relação de precedência, podendo-se optar por uma ou combiná-las². Porém, a entidade responsável pela sua aplicação deve orientar-se, na solução a que chegue, pelos princípios da proporcionalidade e da adequação, tendo em conta o risco de incumprimento por parte da instituição financeira e a gravidade das consequências de cada uma delas em relação às finalidades prosseguidas³. Além disso, a aplicação de cada uma das medidas fica dependente da verificação, em concreto, dos respetivos pressupostos⁴.

¹ Cf. Mariana Duarte SILVA, “Os novos regimes de intervenção e liquidação aplicáveis às instituições de crédito”, in Paulo Câmara/Manuel Magalhães, coord., *O novo direito bancário*, Coimbra: Almedina, 2012, 373 s., 377, dando conta de que “os mecanismos de resolução permitem a salvaguarda da totalidade ou de parte da atividade desenvolvida pela instituição de crédito, preservando funções bancárias críticas, em paralelo com a manutenção ou extinção da instituição”.

Para uma consideração das restantes medidas de intervenção, cf. Tiago Sousa FREITAS, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária – Considerações a Propósito do Mecanismo de Resolução*, Coimbra, 2015, 26 s.

² Cf. artigo 140.º RGICSF.

Cf., porém, Mariana Duarte SILVA, “Os novos regimes de intervenção”, 416 s., sublinhando que, embora não tenha de haver prévia intervenção corretiva para que haja lugar à aplicação de uma medida de resolução, sendo a resolução uma medida de *ultima ratio*, é provável que tal venha a ocorrer. Sobre o ponto, cf. Tiago Sousa FREITAS, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária*, 25 s., sublinhando, na esteira do ensinamento de Mariana Duarte Silva, que não existe uma ordem de precedência entre as medidas previstas.

³ Cf. artigo 139.º/2 RGICSF.

Cf. António Menezes CORDEIRO, *Direito bancário*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, 1125, falando dos princípios da adequação, da proporcionalidade e da gravidade das respetivas consequências. Para o autor, “a proporcionalidade deve ter em especial conta o risco ou o grau de incumprimento, por parte das instituições. A gravidade é aferida em função das consequências na solidez financeira da instituição, nos interesses dos depositantes e na estabilidade do sistema financeiro”.

⁴ Sobre o ponto, cf. Mariana Duarte SILVA, “Os novos regimes de intervenção”, 378 s.; e Tiago Sousa FREITAS, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária*, 26, sublinhando que estamos diante de poderes funcionais do Banco de Portugal que devem ser exercidos, apenas, em face da verificação dos pressupostos objetivos da sua aplicação.

No caso da medida de resolução, é necessário que a) tenha sido declarado pelo Banco de Portugal, no exercício das suas funções de autoridade de supervisão ou de resolução, que uma instituição de crédito está em risco ou em situação de insolvência; que b) não seja previsível que a situação de insolvência seja evitada num prazo razoável através do recurso a medidas executadas pela própria instituição de crédito, da aplicação de medidas de intervenção corretiva ou do exercício dos poderes previstos no artigo 145.º-I; que c) as medidas de resolução sejam necessárias e proporcionais à prossecução de alguma das finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C; e que d) a entrada em liquidação da instituição de crédito, por força da revogação da autorização para o exercício da sua atividade, não permita atingir com maior eficácia as finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C⁵⁻⁶.

⁵ Cf. artigo 145.º E, n.º 2 RGICSF.

⁶ Cf. Manuel MAGALHÃES, “A evolução do direito prudencial bancário no pós-crise: Basileia III e CRD IV”, in *O novo direito bancário*, 285 s. Tendo em conta as principais alterações introduzidas pelo Basileia III (novo quadro regulatório do capital; introdução de um quadro regulatório de liquidez; criação de uma nova categoria de entidades supervisionadas – SIFI – *systemically important financial institutions*) [cf. pág. 319], o autor questiona se estaremos diante de um novo contrato social para os bancos (cf. pág. 362). Na verdade, “entre os objetivos de Basileia III avulta o de evitar que os bancos voltem a ser resgatados por capitais públicos”, entendendo-se que não podem continuar a viver num horizonte referencial em que os lucros são privados e os prejuízos são públicos. Em termos económicos, o efeito perverso será a diminuição do crédito e o abrandamento económico. Em termos jurídicos, a consequência será o do alargamento dos poderes de supervisão e a tentativa de criar mecanismos que permitam à entidade supervisora intervir no seio da instituição financeira antes de haver uma situação de insolvência que a todos traria graves problemas. É neste contexto que instrumentos como a medida de resolução são pensados. Eles implicam, contudo, como alerta Menezes Cordeiro (cf. *Direito bancário*, 1139) “a intromissão acrescida do poder público, conquanto através de uma entidade independente (o BP), no tecido empresarial privado”. Se tal pode ser considerado razoável, em virtude do contexto económico vivido com a crise de 2009/2014 (é esse o testemunho do último autor citado – *ibid.*), não nos devemos esquecer que essa intromissão deve ser acompanhada do escrupuloso cumprimento dos requisitos que lhe subjazem, sob pena de se violarem pilares fundamentais de um Estado-de-Direito. De notar, a propósito do testemunho de Manuel Magalhães, que o novo quadro legal permite que a medida de resolução seja adotada quando já se verifica uma situação de insolvência.

Sobre o ponto, cf., igualmente, Tiago Sousa FREITAS, *Da Nova Architectura Europeia da Supervisão Bancária*, 15 s.

Nos termos do artigo 145.º E, n.º 3, considera-se que uma instituição de crédito está em risco de insolvência se a) a instituição de crédito deixar de cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade ou existirem fundadas razões para considerar que, a curto prazo, a instituição deixa de os cumprir, possibilitando a revogação da autorização, nomeadamente porque apresentou ou provavelmente apresentará prejuízos suscetíveis de absorver, totalmente, os seus fundos próprios ou uma parte significativa dos mesmos; b) os ativos da instituição de crédito serem inferiores aos seus passivos ou existirem fundadas razões para considerar que o são a curto prazo; c) a instituição de crédito estar impossibilitada de cumprir as suas obrigações ou haver fundadas razões para considerar que a curto prazo o possa ficar; d) seja necessária a concessão de apoio financeiro público extraordinário, exceto quando esse apoio, destinado a prevenir ou conter uma perturbação grave da economia e preservar a estabilidade financeira, consista na: i) concessão pelo Estado de garantias pessoais ao cumprimento das obrigações assumidas em contratos de financiamento, incluindo em operações de crédito junto do Banco de Portugal e em novas emissões de obrigações; ii) realização de operações de capitalização com recurso ao investimento público, desde que não se verifique, no momento em que o apoio financeiro público extraordinário é concedido, alguma das circunstâncias referidas nas alíneas a) a c) ou no n.º 2 do artigo 145.º-I.

Por seu turno, a autorização para o exercício da atividade é concedida nos termos do artigo 14.º RGICSF e pode ser revogada se ocorrer algum dos fundamentos previstos no artigo 22.º RGICSF. A saber: se tiver sido obtida por meio de falsas declarações ou outros expedientes ilícitos; se deixar de se verificar algum dos requisitos do artigo 14.º; se a atividade da instituição não corresponder ao objeto estatutariamente autorizado; se a instituição cessar atividade ou mantiver, durante um período de 12 meses, uma atividade residual; se se verificarem irregularidades graves na administração, organização contabilística ou fiscalização interna da instituição; se a instituição não conseguir cumprir os seus compromissos, designadamente em relação aos fundos que lhe foram confiados; se a instituição não cumprir as suas obrigações em relação ao Fundo de Garantia dos Depósitos, ao Fundo

de Resolução ou ao Sistema de Indemnização dos Investidores; se violar as leis e os regulamentos que disciplinam a sua atividade ou não observar as determinações do Banco de Portugal, pondo em risco os interesses dos depositantes, demais credores e as condições normais de funcionamento do mercado monetário, financeiro ou cambial.

A medida de resolução constitui uma designação genérica para uma de quatro possíveis medidas a adotar pelo Banco de Portugal. O artigo 145.º- E RGICSF fala-nos, no seu n.º 1, um elenco de quatro medidas de resolução: a) alienação parcial ou total da atividade; b) transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição; c) segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos; d) recapitalização interna. Também a opção entre cada uma delas há-de obedecer não só a critérios de oportunidade, como uma ideia de adequação e proporcionalidade, atenta a imperiosa ligação às finalidades mencionadas.

Repare-se que as medidas de resolução podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Não são, assim, estanques, tanto mais que existem entre elas diversos pontos comuns. No tocante à alienação total ou parcial da atividade e à transferência da atividade para uma instituição de transição, estamos diante de decisões que determinam a cessão de direitos e obrigações a operar por força da lei⁷. Isto determina que a decisão produzirá efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo, nos termos do artigo 145.º-N/8, título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a alienação. Por outro lado, a cessão não fica dependente do consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, das partes em contratos relacionados com os direitos e obrigações a alienar nem de quaisquer terceiros, não podendo constituir fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa (artigo 145.º-N/9).

Igual solução é fixada por referência à transmissão da atividade para uma instituição de transição. A decisão de transferir

⁷ Cf. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 1136; e Mafalda Miranda BARBOSA, *Direito civil e sistema financeiro*, Principia, 2016, 16 s.

total ou parcialmente os direitos e obrigações de uma instituição de crédito para outra constituída transitoriamente produz, *ex lege*, o efeito de transmissão da titularidade dos direitos e obrigações da primeira para a segunda. Do mesmo modo, repetem-se, neste quadro, as regras segundo as quais a decisão produzirá efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a alienação (artigo 145.º-O/7 RGICSF), e a cessão não fica dependente o consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, das partes em contratos relacionados com os direitos e obrigações a alienar nem de quaisquer terceiros, não podendo constituir fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa (artigo 145.º-O/8 RGICSF).

Também ao nível da segregação de ativos, a decisão de transferência produz efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a transferência, e não fica dependente do consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução ou da instituição de transição, das partes em contratos relacionados com os direitos e obrigações a alienar nem de quaisquer terceiros, não podendo constituir fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa. As regras de seleção dos direitos e obrigações a transmitir, constantes do artigo 145.º-T RGICSF, mostram-se, igualmente, consonantes com as suas congéneres em matéria de alienação de parte ou totalidade da atividade para uma instituição já operante e em matéria de transmissão de direitos e obrigações para uma instituição de transição.

O breve acompanhamento das regras ditadas pelo legislador nesta matéria mostra-nos a amplitude dos poderes da entidade que aplica a medida de resolução. Esta fica incumbida de decidir acerca da sua aplicação e é responsável pela sua modelação: no

caso da transferência de atividade para uma instituição de transição, a seleção dos ativos e passivos a transmitir é determinada pelo Banco de Portugal.

A isso acresce o disposto no artigo 145.º AB RGICSF, nos termos do qual aquele dispõe dos poderes de: a) dispensar temporariamente a instituição de crédito objeto de resolução da observância de normas prudenciais pelo prazo máximo de um ano, prorrogável até ao máximo de dois anos; b) suspender, tendo em conta o respetivo impacto no funcionamento dos mercados financeiros, obrigações de pagamento ou de entrega nos termos de um contrato em que a instituição de crédito objeto de resolução seja parte, desde o momento da publicação prevista na alínea a) do n.º 5 do artigo 145.º-AT até ao final do dia útil seguinte ao dessa publicação, ficando as obrigações de pagamento e de entrega das contrapartes nos termos desse contrato suspensas pelo mesmo período; c) restringir, tendo em conta o respetivo impacto no funcionamento dos mercados financeiros, a possibilidade de os credores beneficiários de garantias reais da instituição de crédito objeto de resolução executarem as suas garantias, desde o momento da publicação prevista na alínea a) do n.º 5 do artigo 145.º-AT até ao final do dia útil seguinte ao dessa publicação; d) suspender, tendo em conta o respetivo impacto no funcionamento dos mercados financeiros, os direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições de uma parte nos contratos celebrados com a instituição de crédito objeto de resolução, entre o momento da publicação prevista na alínea a) do n.º 5 do artigo 145.º-AT e o final do dia útil seguinte ao dessa publicação, desde que as obrigações de pagamento e de entrega e a prestação de garantias continuem a ser cumpridas; e) suspender, tendo em conta o respetivo impacto no funcionamento dos mercados financeiros, os direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições de uma parte nos contratos celebrados com uma filial da instituição de crédito objeto de resolução, entre o momento da publicação prevista na alínea a) do n.º 5 do artigo 145.º-AT e o final do dia útil seguinte ao dessa publicação, desde que as obrigações de pagamento e de entrega e a prestação de garantias continuem a ser cumpridas, caso: i) as obrigações previstas nesse con-

trato sejam garantidas, cumpridas ou de outra forma asseguradas pela instituição de crédito objeto de resolução; ii) os direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições previstos nesse contrato tenham como fundamento a situação financeira ou, no caso de contratos regidos por lei estrangeira, a entrada em liquidação da instituição de crédito objeto de resolução; e iii) quando tenham sido transferidos direitos, obrigações, a titularidade de ações ou de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, todos os direitos e obrigações da filial relativos a esse contrato tenham sido ou possam vir a ser transferidos e assumidos pelo transmissário, ou o Banco de Portugal preste de qualquer outra forma proteção adequada às obrigações previstas no contrato; f) encerrar temporariamente balcões e outras instalações da instituição de crédito objeto de resolução em que tenham lugar transações com o público pelo prazo máximo de um ano, prorrogável até ao máximo de dois anos; g) determinar, a qualquer momento, que quaisquer pessoas e entidades prestem, no prazo razoável que este fixar, todos os esclarecimentos, informações e documentos, independentemente da natureza do seu suporte, e realizar inspeções aos estabelecimentos de uma instituição de crédito objeto de resolução, proceder ao exame da escrita no local e extrair cópias e traslados de toda a documentação pertinente; h) exercer, diretamente ou através de pessoas nomeadas para o efeito pelo Banco de Portugal, os direitos e competências conferidos aos titulares de ações ou de outros títulos representativos do capital social e ao respetivo órgão de administração e administrar ou dispor dos ativos e do património da instituição de crédito objeto de resolução; i) exigir que uma instituição de crédito objeto de resolução ou uma instituição de crédito-mãe relevante emita novas ações, outros títulos representativos do capital social ou outros valores mobiliários, incluindo ações preferenciais e valores mobiliários de conversão contingente; j) modificar a data de vencimento de instrumentos de dívida e outros créditos elegíveis sobre uma instituição de crédito objeto de resolução, o montante dos juros devidos ao abrigo de tais instrumentos e de outros créditos elegíveis ou a data de vencimento dos juros, nomeadamente através da suspensão temporária de pagamentos, com exceção dos crédi-

tos que beneficiem de garantias reais previstos no n.º 6 do artigo 145.º-U; k) liquidar e extinguir contratos financeiros ou contratos de derivados para efeitos da aplicação dos números 5 a 8 do artigo 145.º-V; l) garantir, sem prejuízo do disposto no artigo 145.º-AD e dos direitos de indemnização nos termos do disposto no presente capítulo, que uma transferência de direitos e obrigações, que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, e da titularidade de ações ou de outros títulos representativos do capital social produza efeitos sem qualquer responsabilidade ou ónus sobre os mesmos; m) extinguir os direitos a subscrever ou adquirir novas ações ou outros títulos representativos do capital social; n) determinar que as autoridades relevantes suspendam ou excluam da cotação ou da admissão à negociação num mercado regulamentado ou num sistema de negociação multilateral instrumentos financeiros; o) afastar a aplicação ou modificar os termos e condições de um contrato no qual a instituição de crédito objeto de resolução seja parte ou transmitir a um terceiro a posição contratual do transmissário, para o qual foram transferidos direitos, obrigações, ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, sem necessidade de obter o consentimento do outro contraente; p) solicitar às autoridades de resolução de Estados membros da União Europeia onde se encontrem estabelecidas entidades do grupo da instituição de crédito objeto de resolução que auxiliem na obtenção dos esclarecimentos, informações, documentos, ou no acesso aos serviços e instalações, previstos no n.º 1 do artigo 145.º-AP; q) solicitar às autoridades de resolução de Estados membros da União Europeia onde estejam situados ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais, ativos sob gestão e ações ou outros títulos representativos do capital social, objeto de uma decisão do Banco de Portugal de transferência, que prestem toda a assistência necessária para assegurar a produção de efeitos daquela transferência; r) exigir que o transmissário para o qual foram transferidos direitos, obrigações, ações ou outros instrumentos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução preste a esta toda a assistência, esclarecimentos, informações e documentos, independentemente da natureza do seu suporte, relacionados com a atividade transferida.

Estes poderes explicam-se, sobretudo, pela necessidade de não privar de eficácia a medida de resolução aplicada. Eles não vão,

porém, até pela limitação temporal que muitos comportam, ao ponto de criar um espaço de não direito. De outro modo não poderia, como bem se compreenderá, deixar de ser. A medida de resolução, envolvendo uma intromissão na esfera de privados, não pode ir ao ponto de se assumir como um ato acima do próprio direito.

Quer isto dizer que não só a medida de resolução pode ser impugnada, como podem ser impugnados negócios que se integrem no perímetro da transferência determinada pelo Banco de Portugal, desde que para isso haja fundamento⁸.

É verdade que a aplicação destes medidas não é fundamento, por si só, para que uma parte num contrato desencadeie a execução de garantias, nos termos do DL n.º 105/2004, de 8 de Maio, ou o início de um processo de insolvência, nos termos do DL n.º 211/2000, ou ainda o exercício de direitos de resolução, suspensão, modificação, compensação ou novação, nem é fundamento para o exercício da posse ou de poderes de administração e disposição do património ou a execução de qualquer garantia sobre o património da instituição de crédito objeto da medida ou de uma entidade do grupo, ou modificar, restringir ou suspender os seus direitos contratuais, no âmbito de um contrato que preveja cláusulas de vencimento antecipado ou de incumprimento cruzado, conforme dispõe o artigo 145.º AV/1 RGICSE. Mas, o exer-

⁸ As decisões em matéria de resolução são dotadas de uma especial força vinculativa. Assim, nos termos do artigo 146.º RGICSE, são consideradas urgentes, prescindindo-se, assim, da audiência dos interessados, nos termos do artigo 103.º CPA. Por outro lado, a impugnação das decisões do Banco de Portugal é feita de acordo com meios processuais previstos na legislação do contencioso administrativo. Ademais, o Banco de Portugal pode, em execução de sentenças anulatórias de quaisquer atos praticados no âmbito do presente capítulo, invocar causa legítima de inexecução, nos termos conjugados do n.º 2 do artigo 175.º e do artigo 163.º do Código do Processo dos Tribunais Administrativos, iniciando-se, nesse caso, de imediato, o procedimento tendente à fixação da indemnização devida de acordo com os trâmites previstos nos artigos 178.º e 166.º daquele mesmo Código.

Há que ter, contudo, em conta a distância entre a anulação das decisões tomadas no âmbito de um processo de resolução e a anulação de atos negociais dos quais resultam posições jurídicas que integram o âmbito do objeto da medida de resolução. No último caso, serão os tribunais judiciais os competentes. Estes tribunais judiciais procedem também – nos litígios que oponham particulares entre si – à interpretação do alcance da decisão do Banco de Portugal.

Vejase, porém, o artigo 147.º RGICSE.

cício dos direitos mencionados não é obstado se para eles houver um fundamento diverso da aplicação da medida de resolução. A solução é dispensada pelo artigo 145.º AV/2 RGICSF e decorreria já do correto entendimento acerca dos fundamentos do próprio direito⁹. Na verdade, ainda que estas sejam soluções pensadas para salvaguarda dos interesses legítimos prosseguidos pelas medidas de resolução, a aplicação de uma delas não pode ir ao ponto de criar um vazio jurídico. Por isso, embora a transmissão dos ativos e passivos para uma instituição de transição não possa constituir fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa, não se duvida que tais direitos possam ser exercidos se existir para eles um fundamento diverso da mera aplicação da medida de resolução¹⁰.

De modo similar, deve entender-se que é possível invocarem-se as regras do direito privado para solucionar eventuais litígios que tenham por objeto negócios que se integrem no perímetro de transferência/ não transferência ordenado pela medida de resolução¹¹.

Tudo isto quer dizer que, embora intromissiva e gravosa, a medida de resolução não equivale a uma suspensão do quadro normativo vigente.

Há, assim, que procurar os limites a que a própria medida de resolução deve obedecer.

⁹ Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, Mafalda Miranda BARBOSA, *Direito civil e sistema financeiro*, 18 s. e 95 s.

¹⁰ Coloca-se, neste âmbito, o problema de saber se os mesmos factos que constituem fundamento para a aplicação da medida de resolução podem ou não constituir fundamento para o exercício dos referidos direitos. Ora, cremos que a resposta há-de ser positiva, estando em causa apenas a impossibilidade de se invocar como fundamento um facto que esteja diretamente relacionado com a medida de resolução por decorrer dela. No entanto, não cremos que seja crível a possibilidade de se invocar, por exemplo, a alteração superveniente das circunstâncias num caso como este. Sobre o ponto, Mafalda Miranda BARBOSA, *Direito civil e sistema financeiro*, 131.

¹¹ Sobre a possibilidade de invalidade por recurso aos vícios da vontade, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Direito civil e sistema financeiro*, 90 s.

3. Os limites a que deve obedecer a medida de resolução

3.1. Limites quanto à adoção da medida de resolução

Em primeiro lugar, a medida de resolução há-de obedecer aos pressupostos da sua aplicação. Pode ser controlada judicialmente quanto aos aspetos de legalidade que a delimitam, não podendo, contudo, ser controlado o mérito da decisão, ou, dito de outro modo, a medida de resolução não é sindicável fora do âmbito da vinculação jurídica. Na verdade, estamos diante de um ato que reveste uma dupla natureza: se é vinculado na verificação dos pressupostos, trata-se de uma decisão determinada por um critério de oportunidade e conveniência, atentas as finalidades do instituto. Quer isto dizer que a ilicitude da aplicação da medida de resolução pode advir da violação das normas que determinem quais os pressupostos da intervenção, lesando-se com isso direitos e interesses, ou porque os factos foram mal apreciados ou porque foram mal qualificados em face da pressuposição normativa. A este propósito, tornam-se particularmente importantes as figuras do *erro de apreciação dos factos* (ou seja, o Banco de Portugal avalia mal a situação financeira da instituição a que aplica a medida de resolução) e do *erro de qualificação jurídica dos factos*¹².

Esta ideia, contudo, não é bastante. Apesar do carácter discricionário do ato, não nos podemos esquecer que os autores têm apontado para a medida de resolução uma natureza de última *ratio*. Existindo mais do que uma medida de intervenção numa instituição bancária, o Banco de Portugal não fica vinculado a uma relação de precedência, podendo optar por uma das medidas em detrimento da outra ou podendo, mesmo, combiná-las entre si. Consoante explicita Menezes Cordeiro, somos remetidos para um sistema móvel¹³, no qual o regulador se move em obediência aos

¹² Sobre o ponto, cf. Luís Colaço ANTUNES/Joana Costa e NORA, “O véu da evidência na justiça administrativa: à procura do significado perdido do erro manifesto de apreciação”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 108, 2014, 5 s.

¹³ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 5.^a ed. rev. e atual., Coimbra: Almedina, 2014, 1125.

A este propósito Mariana Duarte SILVA, “Os Novos Regimes de Intervenção e Liquidação aplicáveis às Instituições de Crédito”, *O Novo Direito Bancá-*

princípios da adequação e da proporcionalidade e da gravidade¹⁴, tendo em conta o risco ou o grau de incumprimento, por parte da instituição de crédito, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como a gravidade das respetivas consequências na solidez financeira da instituição em causa, nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro. Sendo a medida de resolução um conceito compreensivo que envolve uma de quatro possíveis medidas aptas a garantir as finalidades mencionadas anteriormente: a alienação total ou parcial da atividade em causa; a transferência, total ou parcial, da atividade a um ou mais bancos de transição; a segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos; ou a recapitalização interna¹⁵, ela vem sendo apontada pelos autores como uma medida de última *ratio*¹⁶. A este propósito, Mariana Duarte Silva aduz que a medida de resolução tem lugar quando as perspetivas de recuperação e saneamento de uma instituição financeira se mostrem goradas na sequência de uma intervenção corretiva na instituição ou, não tendo esta tido lugar, se mostram irrealistas. Poderá, ainda, ter lugar se a liquidação da instituição de crédito puser em causa o interesse público, definido por referência às finalidades estabelecidas no art.º 145.º - A¹⁷. No mesmo sentido, depõe Tiago Sousa Freitas¹⁸.

Compreende-se que assim seja. Na verdade, se a liquidação da instituição bancária visa, primordialmente, a salvaguarda dos in-

rio (Paulo Câmara), Coimbra: Almedina, 2012, 378, fala da natureza de poderes deveres relativamente aos poderes do Banco de Portugal.

¹⁴ Cf., novamente, António MENEZES CORDEIRO, *Direito bancário*, 1125, falando dos princípios da adequação, da proporcionalidade e da gravidade das respetivas consequências.

¹⁵ Cf. artigo 145.º E, n.º 1 RGICSF. De notar que o preceito foi também alterado depois da adoção da medida de resolução relativamente ao Banco Espírito Santo. Nessa medida, num outro escrito da nossa autoria (cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “A propósito do caso BES: algumas notas sobre a medida de resolução”, *Boletim de Ciências Económicas*, 2015), o quadro legal era ainda outro. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Direito civil e sistema financeiro*.

¹⁶ Nesse sentido, e como referido anteriormente, Mariana Duarte SILVA, “Os novos regimes de intervenção”, 405 s. e Tiago Sousa FREITAS, *Da Nova Arquitetura Europeia da Supervisão Bancária*, 26 s.

¹⁷ Mariana Duarte SILVA, “Os novos regimes de intervenção”, 419 s.

¹⁸ Tiago Sousa FREITAS, *Da Nova Arquitetura Europeia da Supervisão Bancária*, 26 s.

teresses dos credores daquela, a medida de resolução cumpre muito claramente as finalidades enunciadas no artigo 145.º-C RGICSF: assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais para a economia; prevenir a ocorrência de consequências graves para a estabilidade financeira, nomeadamente prevenindo o contágio entre entidades, incluindo às infraestruturas de mercado, e mantendo a disciplina no mercado; salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público, minimizando o recurso a apoio financeiro público extraordinário; proteger os depositantes cujos depósitos sejam garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos e os investidores cujos créditos sejam cobertos pelo Sistema de Indemnização aos Investidores; proteger os fundos e os ativos detidos pelas instituições de crédito em nome e por conta dos seus clientes e a prestação dos serviços de investimento relacionados¹⁹.

A adoção da medida de resolução fica dependente da possibilidade de se cumprirem com ela estas finalidades e de não existir outro meio menos oneroso de o conseguir.

3.2. Os limites quanto à conformação da medida de resolução

a) A hierarquia de credores e o princípio da igualdade

Apesar da natureza discricionária que matiza o ato de resolução, ele só é legítimo na medida em que obedeça aos princípios conformados pelo legislador a propósito do mecanismo. Nos termos do artigo 145.º D, n.º 1 RGICSF, assumem os prejuízos os acionistas da instituição financeira objeto da medida; e, em segundo lugar, assumem-nos os credores da instituição financeira, em condições equitativas e de acordo com a graduação dos seus créditos²⁰. Nessa medida, considera-se, tendo em conta a hierar-

¹⁹ Trata-se, também, de uma redação introduzida em 2015 e que, nessa medida, altera a listagem de finalidades contida no diploma em 2014: salvaguardar a confiança dos depositantes, salvaguardar os interesses dos contribuintes e dos erários públicos, assegurar a continuidade da prestação de serviços financeiros essenciais e conter o aludido risco sistémico. Sobre o ponto, cf., também, Mafalda Miranda BARBOSA, *Direito civil e sistema financeiro*.

²⁰ Para uma súpula dos princípios de qualquer medida de resolução, cf. Mariana Duarte SILVA, “Os novos regimes de intervenção”, 420 s.: a) prévia ava-

quia de credores e avaliando o balanço da instituição financeira, que alguns deles poderiam não conseguir, através do património do banco, obter o pagamento do seu crédito. Torna-se, assim, fundamental, na busca do equilíbrio entre a salvaguarda dos interesses dos credores e da estabilidade do mercado financeiro, olhar para a ordem de preferências legalmente estabelecida. Para tanto, há que mobilizar o regime legal da liquidação das instituições de crédito, previsto no Decreto-lei n.º 199/2006, de 25 de Outubro, alterado pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro²¹. Nada se estabelecendo aí a este propósito, somos remetidos para o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE).

A entidade com poderes de resolução há-de obedecer à graduação de créditos. Deve fazê-lo não só por determinação da lei²², como também porque, se não o fizer, pode pôr em causa direitos de natureza absoluta, designadamente alguns dos que se associam às garantias prestados aos direitos de crédito em questão. No mais, o Banco de Portugal, na seleção que faça dos ativos e passivos a transmitir para a instituição de transição, há-de conformar-se pelos princípios fundamentais com assento constitucional. Quer isto dizer que poderão suscitar-se problemas decorrentes da violação do princípio da igualdade, se, no quadro da seleção de ativos e passivos, discriminar não justificadamente credores que se

liação de todos os passivos, ativos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, a serem alienados; b) financiamento pelo Fundo de Resolução; c) o produto da alienação reverte para o fundo e o remanescente para a instituição de origem; d) continuidade das operações relacionadas com os ativos e passivos transferidos; e) salvaguarda da integralidade das posições contratuais da instituição de crédito, em contratos de garantia financeira e outros que tenham cláusulas de compensação ou novação; f) blindagem dos negócios jurídicos de alienação perante qualquer disposição legal que pudesse prejudicar a sua eficácia; g) dispensa do consentimento dos acionistas e das contrapartes da instituição de crédito.

²¹ Sobre o ponto, cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 88 s.; João LABAREDA, “Pressupostos subjetivos da insolvência: regime particular das instituições de crédito e sociedades financeiras”, in Carvalho FERNANDES/João LABAREDA, org., *Coletânea de Estudos sobre a Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2009.

A este propósito, deve esclarecer-se que as instituições de crédito e sociedades financeiras dissolvem-se por revogação da autorização nos termos do artigo 22.º RGICSF ou por deliberação dos sócios.

²² Veja-se, também, o disposto no artigo 34.º/1 f) Diretiva 2014/59/UE.

encontram na mesma posição e, entre os quais, em caso de liquidação se operaria um concreto rateio.

A ideia de igualdade entre os credores, no seio do direito privado, é complexa. No período de formação do negócio jurídico, descontados que sejam os casos de discriminação que afetem bens da personalidade e que, como tal, devam ser considerados ilícitos, não se consegue descortinar um princípio de igualdade entre os potenciais contraentes. Simplesmente, esse princípio de tratamento igualitário – que naquela fase conhece o seu âmbito mínimo – parece ir-se dilatando no quadro da execução do contrato. Basta pensar no artigo 604.º CC.

Esta igualdade é, porém, muito limitada. Por um lado, pode ser afastada ou por vontade dos sujeitos, que poderão acordar a constituição de garantias do crédito contratado, ou por determinação legal, caso as garantias especiais decorram de uma norma legal. Por outro lado, o artigo 615.º/2 CC determina que “o cumprimento de obrigação vencida não está sujeito a impugnação [pauliana]”. Daqui se depreende que a igualdade entre credores existe na medida em que seja idêntica a sua posição relativamente ao património do devedor, e que qualquer preferência pode ser estabelecida no quadro da autonomia negocial que ambos detêm, o que significa, afinal, que, uma vez mais, a igualdade cede perante a liberdade de conformação da relação obrigacional. No mais, continua a haver a possibilidade de, existindo diversos créditos, o devedor optar por aquele que quer cumprir. E se é certo que tal possibilidade se constrange perante a consequência de agravamento da impossibilidade de cumprir o outro crédito, no caso das obrigações não vencidas ou das obrigações naturais, não é menos seguro que a prova dos requisitos da impugnação pauliana é de sempre difícil obtenção. No mais, outra conclusão pode ser extraída: a igualdade de que se fala, a este nível, não significa a igual dignidade dos credores enquanto seres humanos, mas resulta da igual proteção que merecem em face do património do devedor. É por isso compreensível que – se o que está em causa são mecanismos de tutela do credor em face da garantia geral do seu crédito – elas assumam especial relevância em face da impossibilidade para cumprir por parte do devedor. Entende-se, por isso, que, se no tocante à fase de execução da obrigação a igualdade já

se agiganta relativamente à que vigora no campo da celebração dos negócios jurídicos, ela assuma importância crescente num quadro de insolvência do devedor. Importa, aliás, notar que no âmbito da insolvência não estamos, apenas, diante de uma relação que une credor e devedor, mas no seio de uma relação que passa a incluir terceiros. O mesmo se poderá dizer quando seja aplicada uma medida de resolução a uma instituição bancária ou a uma sociedade financeira, domínio onde, em rigor, lidamos inclusivamente com normas de direito público²³.

b) O montante global da transmissão

Na seleção dos ativos e passivos a transmitir para a instituição de transição, o valor total dos passivos e elementos extrapatrimoniais a transferir para a instituição de transição não deve exceder o valor total dos ativos transferidos da instituição de crédito objeto de resolução, acrescido, sendo caso disso, dos fundos provenientes do Fundo de Resolução, do Fundo de Garantia de Depósitos ou do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo. Esta regra está em consonância com a ideia de eficácia da medida de resolução a que fizemos referência *supra*. De facto, a adoção da medida de resolução só é legítima se com ela se puderem realizar as finalidades para as quais foi pensada.

Por isso, a entidade com poderes de resolução reserva para si a possibilidade de decidir quais os ativos e passivos que devem ser transmitidos para a instituição de transição, podendo mesmo, depois disso e a todo o tempo, transferir outros direitos e obrigações e a titularidade de ações ou de títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução para a instituição de transição (artigo 145.º Q, n.º 4/b) RGICSF).

²³ Sobre o ponto, com mais desenvolvimento, Mafalda Miranda BARBOSA, “Da igualdade ou do tratamento igualitário entre credores – breves considerações”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 92 (2016) [no prelo], e demais bibliografia aí citada.

Embora não esteja em causa uma ideia de igual dignidade entre os sujeitos, mas de igual proteção diante do património do devedor, remetemos para o princípio da igualdade o sustentáculo mais fundo da solução que se estabelece. Repare-se, na verdade, que, ao nível da resolução, confrontamo-nos com um ato regido por normas de direito público que afeta privados, não podendo estar senão em causa o princípio da igualdade.

Este limite terá que dialogar com o limite anteriormente referido (bem como com os demais), o que nos permite perceber o equilíbrio por vezes difícil de alcançar que se há-de estabelecer. É que a simples contemplação destes dois limites torna clara que jogam com forças dinâmicas que podem concorrer em sentido inverso²⁴.

c) Créditos excluídos da transmissão por determinação legal

Nos termos do artigo 145.º Q, n.º 3, RGICSF, não podem ser transferidos para a instituição de transição quaisquer direitos de crédito sobre a instituição de crédito objeto de resolução detidos por pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2% do capital social da instituição de crédito ou tenham sido membros dos órgãos de administração da instituição de crédito, salvo se ficar demonstrado que não estiveram, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação.

Constata-se, portanto, que o nosso legislador restringiu o leque de proibições de transmissão. Na verdade, na versão anterior do RGICSF, o artigo o artigo 145.º H, n.º 2 do RGICSF determinava que não podiam ser transferidas para o banco de transição quaisquer obrigações contraídas pela instituição de crédito originária perante: a) os acionistas, cuja participação no momento da transferência seja igual ou superior a 2% do capital social, as pessoas ou entidades que nos dois anos anteriores à transferência tenham tido participação igual ou superior a 2% do capital social, os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização, os revisores oficiais de contas ou sociedades de revisores oficiais de contas ou as pessoas com estatuto semelhante noutras empresas que se encontrem em relação de domínio ou de grupo com a instituição financeira; b) as pessoas ou entidades que tenham sido acionistas, exercido as funções ou prestado os serviços anteriormente referidos nos quatro anos anteriores à criação do banco de transi-

²⁴ Em última instância, poderá estar em causa – se as duas forças contrárias não se conseguirem harmonizar – a própria resolubilidade da instituição financeira no caso concreto.

ção, e cuja ação ou omissão tenha estado na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito ou tenha contribuído para o agravamento de tal situação; c) os cônjuges, parentes ou afins em 1.º grau ou terceiros que atuem por conta das pessoas referidas nas alíneas anteriores; d) os responsáveis por factos relacionados com a instituição de crédito, ou que deles tenham tirado benefício, diretamente ou através de interposta pessoa, e que estejam na origem das dificuldades financeiras ou tenham contribuído, por ação ou omissão no âmbito das suas responsabilidades, para o agravamento de tal situação. A ideia aqui era a de responsabilizar primeiramente os acionistas, descortinando-se o pendor sancionatório anteriormente referido, bem como os órgãos que têm intervenção direta na condução da vida da instituição²⁵. A previsão do limiar dos 2% acaba por quadrar mal com um sentido sancionatório puro, que faça apelo a uma ideia de imputação. Enquanto as al. b) e d) exigem como requisito da responsabilização dos intervenientes nelas previstos um contributo para a situação financeira do banco ou para o seu agravamento, a referência aos 2% pode nada representar em termos imputacionais. É que estes mesmos acionistas podem não intervir, em termos materiais, na condução da vida da sociedade, consoante a distribuição, em concreto, do capital social²⁶. Do mesmo modo, a previsão da res-

²⁵ É certo que algumas destas obrigações coincidiam com créditos subordinados. Podíamos, por isso, aventar que o legislador tinha consagrado esta proibição de transmissão em função da subordinação de que seriam alvo. No entanto, não cremos que seja a melhor interpretação. Na verdade, se fosse essa a *ratio* da previsão, não faria sentido destacar estas obrigações subordinadas em relação a outras. A não transmissibilidade delas para a instituição de transição seria determinada, em concreto, em função das especificidades do caso e atento o balanço patrimonial do novo banco criado para o efeito.

²⁶ Pense-se na ideia de participação qualificada, enquanto “participação que permita ao seu detentor, direta ou indiretamente, exercer uma influência significativa na gestão da entidade participante, presumindo-se que assim sucede se ele detiver, pelo menos, 5% dos votos; o BP pode, todavia, considerar ilidida a presunção, se não ultrapassar os 10%, segundo o artigo 13.º/7 RGICSF” – cf. António Menezes CORDEIRO, *Direito bancário*, 1078. V., igualmente, com amplo desenvolvimento, págs. 1087 s., evidenciando que a percentagem relevante é de 5%, para efeitos de comunicação ao Banco de Portugal, impondo-se novas comunicações quando as percentagens detidas ultrapassassem os 10%, os 33% ou os 50%. De todo o modo, o RGICSF definiu a participação qualificada como

ponsabilidade acrescida dos cônjuges, parentes ou afins em 1.º grau podia contender com uma ideia de justiça material que se queira alcançar, se interpretada na sua literalidade. Na verdade, não é pelo facto de subsistir um qualquer vínculo familiar que determina necessariamente a existência de uma relação de especial proximidade entre as pessoas, embora ela se possa presumir. Sustentámos, então, não ser possível atermo-nos a um formalismo pouco consentâneo com um pensamento jurídico que se quer emancipar dos preconceitos positivistas. A atuação por conta das pessoas mencionadas nas anteriores als. a) e b) do artigo 145.º H, n.º 2, do RGICSF devia exigir-se não só em relação aos terceiros, mas em relação aos familiares e afins referidos. A única diferença poderá estar na repartição do encargo probatório, exigindo-se aos últimos que atestem a não ligação que estaria na base da previsão

aquela que represente, direta ou indiretamente, percentagem não inferior a 10% do capital ou dos direitos de voto da instituição – cf. artigo 13.º/7 RGICSF

No fundo, muitos dos acionistas que detivessem 2% do capital social poderão não ter tido qualquer influência significativa na gestão da entidade participante. Por que razão existe, então, este limite dos 2%? Parece-nos que mais do que uma ideia de responsabilidade (no sentido imputacional do termo), estamos diante de uma ideia de repartição de riscos – no fundo, o que o legislador estabelece é que o risco de (quase) insolvência de uma instituição financeira corre, primeiramente, por conta dos acionistas.

Cf., ainda, António Menezes CORDEIRO, *Direito bancário*, 1088 s., falando de participações indiretas. Sobre estas cf. artigo 13.º-A e 13.º-B.

legal²⁷⁻²⁸. Os problemas a que a lei conduzia foram eliminados com a revisão do diploma.

A consideração deste limite de transmissibilidade permite-nos, ademais, extrair uma conclusão. Se nele podemos descortinar um pendor sancionatório para a medida de resolução, o âmbito particularmente delimitado do limite (passe a redundância) mostra-nos que mais do que sancionar determinadas categorias de sujeitos, o legislador se preocupou em, na busca dos interesses prosseguidos por via da medida de resolução, garantir uma justa distribuição do risco de insolvência de uma instituição financeira. Nessa medida, percebe-se que, apesar de serem chamados a responder pelos prejuízos, em primeira linha, os acionistas e, em segundo lugar, os credores de acordo com a hierarquia dos créditos, se determine que nenhum pode ser prejudicado pela aplicação da medida de resolução, de tal modo que nenhum pode suportar um prejuízo superior ao que suportaria se a instituição tivesse entrado em liquidação, de acordo com o artigo 145.º D/1 c) RGICSF (princípio *no creditor worse off*)²⁹.

²⁷ Cf., a este propósito, António Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, 184 s., apresentando o direito bancário como um direito funcional específico, o que comporta consequências dogmáticas. Designadamente, pode fazer-se apelo a uma interpretação funcional, que permita que as “operações tendentes a, da fonte, extrair norma passem pelo crivo da operacionalidade do resultado”. Não cremos, contudo, que na interpretação que se faça das normas se possa esquecer, para lá de uma teleologia primária, o sentido do direito enquanto direito, sob pena de nessa funcionalização a que o autor alude estarmos, no fundo, a perder o âmago da juridicidade. Menezes Cordeiro, embora sem mobilizar um pensamento metodologicamente cunhado a este propósito, acaba por reconhecer isso mesmo, adiantando que “o direito – particularmente o privado – serve as pessoas e a economia real”, pelo que o moderno direito bancário tem vindo a enriquecer-se, designadamente, com questões atinentes à tutela do consumidor e ao respeito pelos direitos de personalidade.

²⁸ Na verdade, os familiares a que o preceito alude podem não ser mais do que simples credores da instituição financeira, sem qualquer ligação aos acionistas ou àqueles que tiveram responsabilidade na criação da situação de dificuldade. Se na *ratio* da proibição legal está uma ideia de repartição do risco, por um lado, e, por outro lado, uma ideia de sanção, fazia sentido operar uma redução teleológica do preceito, sempre que não seja possível fazer um paralelo com uma ideia de participação indireta dos familiares contidos na sua previsão.

²⁹ Sobre o ponto, cf. Luiz Cabral de MONCADA, *Os poderes de resolução do Banco de Portugal e o Banco Espírito Santo*, <<http://recil.grupolusofona.pt/>

No fundo, a medida de resolução, na sua intencionalidade, determina que cada um suporte os prejuízos de acordo com o risco que previamente assumiu, quando tal se mostre imprescindível para garantir as finalidades prosseguidas. Isto implica que, a partir daqui, mais do que o limite a que concretamente fizemos referência, possamos considerar a própria intencionalidade do modelo resolutivo bancário, o qual poderá ser essencial na interpretação de dados normativos vários.

- d) A inseparabilidade entre posições ativas e passivas: o respeito pelo sinalagma e pela acessoriedade

O artigo 145.º O/6 RGICSF dispõe que a eventual transferência parcial dos direitos e obrigações para a instituição de transição não deve prejudicar a cessão integral das posições contratuais da instituição de crédito objeto de resolução, com transmissão das responsabilidades associadas aos elementos do ativo transferidos, nomeadamente no caso de contratos de garantia financeira, de operações de titularização ou de outros contratos que contenham cláusulas de compensação e de novação.

Concretizando esta ideia central, os artigos 145.º AC e seguintes do RGICSF estabelecem determinados limites a que a entidade com poderes de resolução deve obedecer. Assim, nos termos do último preceito citado, o Banco de Portugal não pode transferir parcialmente os direitos e obrigações emergentes de obrigações cobertas e de contratos de financiamento estruturado nos quais a instituição de crédito de resolução seja parte e que envolvam a constituição de garantias por uma parte no contrato ou por um terceiro, incluindo operações de titularização e de cobertura de risco que sejam parte integrante da garantia global e que estejam garantidas por ativos que cubram completamente, até ao vencimento das obrigações, os compromissos daí decorrentes e que sejam afetos por privilégio ao reembolso do capital e ao pagamento dos juros devidos em caso de incumprimento, nem modificar ou extinguir os direitos e obrigações emergentes das obrigações e dos contratos mencionados na alínea anterior.

Nos termos do artigo 145.º AD/1 RGICSF, o Banco de Portugal não pode transferir parcialmente os direitos e obrigações emergentes de um contrato de garantia financeira, de uma convenção de compensação ou de uma convenção de compensação e de novação, nem modificar ou extinguir os direitos e obrigações emergentes dos contratos e convenções mencionados. Do mesmo modo, o artigo 145.º AE/1 RGICSF determina que o Banco de Portugal não pode transferir os ativos dados em garantia, salvo se as obrigações em causa e os direitos conferidos pela garantia foram também transferidos; transferir obrigações garantidas, salvo se os direitos conferidos pela garantia forem também transferidos; transferir os direitos conferidos pela garantia, salvo se a obrigação em causa for também transferida; modificar ou extinguir um contrato no âmbito do qual tenha sido prestada uma garantia quando o efeito dessa modificação ou extinção for a extinção dessa garantia³⁰.

Trata-se de salvaguardas que são impostas pelo direito europeu, nos termos dos artigos 76.º e seguintes Diretiva 2014/59/UE. No seu considerando 95, pode ler-se que, “a fim de preservar os acordos legítimos do mercado de capitais em caso de transferência de uma parte, mas não da totalidade, dos ativos, direitos e passivos de uma instituição em situação de insolvência, importa incluir salvaguardas para evitar a divisão de passivos, direitos e contratos associados entre si, conforme o caso. Essa restrição a determinadas práticas no que respeita aos contratos associados entre si deve ser alargada aos contratos com uma mesma contraparte abrangidos por acordos de garantia, acordos de garantia financeira com transferência de titularidade, convenções de compensação recíproca, convenções de compensação e de novação com vencimento antecipado (*close-out netting agreements*) e acordos de financiamento estruturado. Sempre que as salvaguardas forem aplicadas, as autoridades de resolução devem ter a obrigação de transferir todos os contratos associados no âmbito de um acordo com garantias ou de manter todos esses contratos na instituição remanescente em situação de insolvência. Estas salvaguardas deverão garantir que não seja afetado o tratamento em termos de requisitos de capital regulamentar das exposições cobertas por um

³⁰ Cf., ainda, o artigo 145.º AF RGICSF.

uma convenção de compensação e de novação (*netting agreement*) para efeitos da Diretiva 2013/36/EU”.

A questão que se coloca é a de saber se o artigo 145.º O/6 RGICSF tem um âmbito de relevância mais amplo do que aquele que resulta concretizado por referência às realidades negociais antes mencionadas. Ora, quanto ao ponto, duas ideias podem ser avançadas no sentido de sedimentar a interpretação do preceito. As diversas realidades³¹ a que as normas fazem referência apontam-nos para a necessidade de respeitar o sinalagma que une posições ativas e passivas e a acessoriedade que caracteriza certas relações negociais.

Quanto ao sinalagma, importa não esquecer que, de acordo com as mais recentes posições na matéria, ele não deve ser compreendido de forma unívoca, perspetivado exclusivamente por referência às partes de um negócio, mas de forma complexa. Nesse sentido, Francisco Pereira Coelho aduz que “os nexos internegociais que a doutrina tradicional imputa a relevância coligativa, ou seja, aquelas conexões que permitiriam uma coligação juridicamente relevante (...) configuram, se bem virmos, conexões e consequências idênticas àquelas que se estabelecem e produzem no interior de um contrato unitário. Nexos como o de sinalagmaticidade ou o de condicionamento constituem nexos que tipicamente se desenvolvem nos quadros do círculo interno de efeitos de um contrato unitário. Por conseguinte, ocorrendo tais nexos entre efeitos negociais pertencentes a estruturas negociais aparentemente autónomas, deve entender-se que está presente, no conjunto desses negócios, um novo e unitário negócio”³².

Como consequência deste entendimento complexo do contrato, as contingências que afetem esta unidade (invalidade, resolução, *inter alia*) devem abranger-lo na sua globalidade e não apenas nas partes que o constituem. Percebe-se, portanto, que o Banco de Portugal na conformação da medida de resolução deva ficar limitado pelo respeito a esta complexidade contratual. Não só

³¹ Sobre algumas destas figuras, cf. Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Coimbra: Almedina, 2015; Mário MOURÃO, *Financiamento Estruturado*, Coimbra: Almedina, 2016.

³² Francisco Pereira COELHO, “Coligação negocial e operações negociais complexas”, in *Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD)*, Coimbra, 2003, 250 s.

ela é imposta pela realidade normativa a que a medida de resolução se aplica, como a repartição do risco entre os credores que esta implica só corresponderá a uma solução que se pretende justa se as posições ativas e passivas globalmente consideradas não foram alvo de uma cisão.

O mesmo raciocínio deve-se aplicar às interconexões negociais marcadas pela nota da acessoriedade. Daí a referência às garantias prestadas.

Na verdade, em qualquer dos casos, a inseparabilidade é ditada pela intencionalidade da medida de resolução e imposta pelos princípios que a conformam, já que só a referida não cisão garante que haja uma equivalência entre os prejuízos que se suportam e os riscos que se assumiram. Por outro lado, se a medida de resolução implicasse uma desconsideração dos dados negociais, então isso poderia levar a que um mesmo sujeito suportasse duplamente perdas.

e) O respeito pela natureza do crédito

Na conformação da medida de resolução, isto é, na seleção dos ativos e passivo a transmitir, o Banco de Portugal não pode deixar de ter em consideração a realidade jurídica a que o remédio se aplica. Na verdade, só essa consideração é de molde a garantir não só as finalidades da medida, como o cumprimento dos diversos limites a que temos vindo a fazer referência. De facto, sem prévia qualificação dessa natureza, a distribuição do risco a que somos conduzidos pela transmissão de ativos e passivo para uma instituição de transição pode deixar de equivaler a uma decisão justa.

A enunciação deste limite não pode ser feita senão em termos muito genéricos. É possível, contudo concretizá-la por referência a duas hipóteses problemáticas concretas.

Depois de, em Agosto de 2014, o Banco de Portugal ter determinado quais os ativos e passivos que deveriam ser transmitidos para a instituição de transição, a entidade com poderes de resolução em Portugal veio clarificar, em Dezembro de 2015³³, que não se transferiram para aquela todos os créditos e indemnizações relacionados com a alegada anulação de determinadas cláusulas

³³ Cf. Deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal de 29 de Dezembro de 2015 (“Contingências”).

de contratos de mútuo, em que o BES era mutuante, e todas as indemnizações e créditos resultantes de anulação de operações realizadas pelo BES enquanto prestador de serviços financeiros e de investimento.

Fará sentido, de acordo com a referida decisão, a não transmissão para a instituição de transição dos créditos resultantes da anulação de determinado negócio jurídico?

Ainda que fosse outra a colocação hierárquica do crédito, v.g. se estivesse em causa um crédito subordinado, a anulação do negócio determina a destruição retroativa de todos os seus efeitos. Isto quer dizer que a instituição de crédito se pode confrontar com a existência de um crédito comum, cuja discriminação em relação aos restantes créditos comuns implicará a violação do princípio da igualdade. No fundo, ao ser invalidado o negócio, altera-se a natureza do crédito em discussão, podendo suscitar-se outro leque de problemas, já que o enquadramento legal da medida de resolução determina que devem suportar os prejuízos os acionistas e, em segundo lugar, os credores, de acordo com a hierarquia dos créditos.

Estes últimos são chamados a suportar um risco que eles próprios assumiram ao terem celebrado um negócio de natureza bancária com a instituição objeto da medida de resolução. Simplesmente, a assunção de um risco pelo investidor só corresponde a um ideal de justiça se o negócio que lhe subjaz for válido. No fundo, a atuação do Banco de Portugal, sendo discricionária, não pode olvidar a intencionalidade subjacente à modelação de uma medida de resolução. Acontece que uma determinação deste tipo acaba por ultrapassar essa intencionalidade, porque o credor de que se fala agora, sendo-o, só é na medida em que, por uma questão de justiça, se procura apagar a relação negocial que existia anteriormente. Ora, o Banco de Portugal não pode ignorar a correta ordenação de bens que o ordenamento jurídico estabelece, não pode fazer tábua rasa dos efeitos de uma invalidade. Ao fazê-lo, parece ultrapassar a intencionalidade do regime predisposto e violar os limites genéricos a que já fizemos referência. Não ignoramos, é certo, que a medida de resolução não se pode reduzir a um mero procedimento falimentar de tipo especial. Pelo contrário, ela é ditada por interesses públicos que sobressaem do leque de finalidades que com ela se prosseguem.

Mas também não podemos ignorar que essa teleologia que aponta para a salvaguarda de interesses públicos não apaga totalmente a ordenação privatística das relações, ao fazer apelo à hierarquia de credores como critério de modelação da medida de resolução. O que quer dizer que a prossecução das finalidades atrás referidas é legítima na medida em que o sacrifício que é pedido a cada um seja proporcional ao risco que assumiu (validamente) anteriormente.

Quid iuris no tocante aos créditos indemnizatórios?

O Banco de Portugal formulou de modo muito amplo a exclusão de transmissão destes créditos, no quadro da medida de resolução aplicada ao Banco Espírito Santo.

Nos termos da deliberação tomada pelo Banco de Portugal, em 3 de Agosto de 2014, mantiveram-se no BES quaisquer contingências ou responsabilidades decorrentes de dolo, fraude, violação de disposições regulatórias, penais, regulamentares. Na deliberação de 11 de Agosto de 2014, determinou que a subalínea v) da alínea v) do anexo 2 da deliberação de 3 de Agosto passa a ter a seguinte redação: “quaisquer responsabilidades ou contingências, nomeadamente as decorrentes de dolo, fraude, violação de disposições regulatórias, penais, regulamentares”. A deliberação de 29 de Dezembro de 2015 – “*Perímetro*” alterou, novamente, a formulação da referida alínea, que passou a ter o seguinte teor: “quaisquer responsabilidades ou contingências, nomeadamente as decorrentes de dolo, fraude, violação de disposições regulatórias, penais, regulamentares, com exceção das contingências fiscais ativas”. Por seu turno, a deliberação de 29 de Dezembro de 2015 – “*Contingências*” veio esclarecer o âmbito da exclusão contida na alínea atrás mencionada. Considerou a esse propósito que se excluem da transmissão todos os créditos, indemnizações e despesas relacionados com ativos imobiliários que foram transferidos para o Novo Banco; todas as indemnizações relacionadas com o incumprimento de contratos assinados e celebrados antes de 3 de Agosto de 2014; todas as indemnizações relacionadas com seguros de vida, em que a seguradora era o BES; todos os créditos e indemnizações relacionados com a alegada anulação de determinadas cláusulas de contratos de mútuo, em que o BES era o mutuante; todas as indemnizações e créditos resultantes de anulação de operações realizadas pelo BES enquanto prestador de serviços financeiros e de investimento.

Daqui resulta que o Banco de Portugal tratou indiferentemente os diversos créditos indemnizatórios. Ora, a responsabilidade civil não pode ser entendida como um todo uniforme. Pelo contrário, no seio da designação genérica, albergam-se diversas modalidades de ressarcimento, distintas entre si. Consideremos as duas principais e clássicas: a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Enquanto a primeira resulta da violação de direitos absolutos; a segunda surge como consequência do incumprimento de uma obrigação em sentido técnico. Distinguem-se, por isso, a diversos níveis. Em primeiro lugar, ao nível do regime jurídico aplicável. Por outro lado, quando a lei se refere à responsabilidade contratual, já definiu o critério de individualização do sujeito responsável. É o próprio contrato que o faz. Diversamente, ao nível da responsabilidade extracontratual, é necessário encontrar critérios de delimitação do sujeito responsável e do círculo de potenciais credores da pretensão indemnizatória. O pressuposto da distinção é a existência de uma obrigação em sentido técnico. É a partir dessa constatação e da particularidade de o dano resultar no âmbito desse acordo negocial que se desencadeia um regime especial de responsabilidade. Também no plano funcional as diferenças são evidentes: enquanto ao nível da responsabilidade contratual se procura dar resposta ao interesse do credor que foi preterido com o incumprimento contratual, ao nível da responsabilidade extracontratual tutelam-se bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Percebe-se, então, que contratualmente se defina *a priori* o obrigado à indemnização – aquele que se vinculou, no puro exercício da sua autonomia privada, a satisfazer aquele interesse legítimo do credor. A indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano de satisfação do interesse do credor. *In fine*, diferenciam-se no plano axiológico: a responsabilidade extracontratual baseia-se numa ideia de liberdade (positivamente entendida, que será atualizada pelo chamamento do sujeito, visto como pessoa, à sua responsabilidade – pelo outro e perante o outro), a responsabilidade contratual alicerçar-se-á (a par de uma ideia de liberdade) numa ideia de confiança³⁴.

³⁴ Para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade. A precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Coimbra: Almedina, 2005. Aderindo a esta posição

Ora, partindo daqui, compreendemos que a responsabilidade contratual possa ser vista como uma hipótese de modificação objetiva da relação jurídica³⁵. O dever primário de prestação trans-

na edição de 2010 do seu Tratado de Direito Civil Português, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II *Direito das Obrigações*, tomo III, Coimbra: Almedina, 2010, 390

³⁵ Sobre o ponto, cf. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra: Almedina, 1982, 428, nota 2; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, texto elaborado por J. Sousa Ribeiro / J. Sinde Monteiro, Almeno de SÁ / J.C. Proença com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3.º ano jurídico, Coimbra, 1983, policop., 65 s.; Sinde MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983; Calvão da SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra: Almedina, 1987; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª ed. rev. e aum., Coimbra, 2001, 48; Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2001, 157; A. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2003, reimpr. da obra publicada em 1985, 193, nota 420.

Quanto à ideia da modificação objetiva da relação jurídica, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 372.

Em sentido contrário, considerando que o dever de prestar e o dever de indemnizar são radicalmente diferentes, cf. Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 351 e Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, 1999, 44 s; Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 94 e 226. Para Carneiro da Frada, o busilis da questão encontra-se na diferente causa de atribuição patrimonial. O dever de indemnizar “representa uma sanção do ordenamento jurídico destinada a reparar o dano da violação da especial relação patrimonial entre dois sujeitos instituída pelo contrato”.

Também Galvão Telles começou por defender uma tese dualista, embora hoje a recuse – Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, 48 e 248.

Na doutrina italiana, cf. CASTRONOVO, *La Nuova Responsabilità Civile*, 2.ª ed., Milão: Giuffrè, 1996, 103. O autor entende que o dever de prestar e o dever de indemnizar não se confundem, porque entre eles interpõe-se o dano, fator que justifica a especificidade do segundo em relação ao primeiro. Não obstante, Castronovo defende a distinção entre as duas modalidades básicas de responsabilidade civil. Mas, essa diferença entre os dois deveres permite ao autor admitir a responsabilidade do terceiro cúmplice no incumprimento no âmbito da responsabilidade contratual.

No espectro do pensamento jurídico alemão, PICKER – “Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 183 (1983) 393 s.

forma-se num dever secundário de indemnizar. Quer isto dizer que a responsabilidade contratual é geneticamente indissociável da obrigação que a faz avultar. Donde a sua transmissibilidade ou não fica dependente de se ter ou não transmitido a obrigação primária. Não é, por isso, viável que, na conformação da medida de resolução, a entidade com poderes para o efeito venha simplesmente excluir do perímetro de transferência os créditos indemnizatórios. É claro que, se a obrigação primária tiver permanecido na instituição objeto de resolução (no caso o BES), não é pensável a transmissão da responsabilidade inerente ao incumprimento para a instituição de transição. De outro modo, contornar-se-ia a própria eficácia da medida de intervenção em apreço.

No tocante à responsabilidade extracontratual, resultando ela de um ato ilícito e culposo e não pressupondo uma prévia obrigação que deixou de ser cumprida, não há qualquer associação a créditos cujo destino fica traçado pela conformação da medida de resolução. A ideia de imputação – associada a uma compreensão da personalidade livre e responsável que lhe serve de fundamento último – determina que o responsável já não coincida com aquele que detém a obrigação, mas com aquele que atuou de forma reprovável, atentos certos critérios dogmáticos que manifestam essa reprovabilidade. Nessa medida, existindo uma situação geradora de responsabilidade, a imputação será feita em relação ao banco objeto da resolução e não em relação à instituição de transição³⁶. Simplesmente, porque a sanção em causa é patrimonial e porque a principal finalidade do instituto aquiliano é a reparação de danos, é pensável a transmissão dessa mesma responsabilidade. Por outro lado, apesar

– defende igualmente a tese da dualidade, com base no diferente fundamento entre o dever de prestar e o dever de indemnizar. Enquanto este tem como fonte a lei, aquele terá como fonte o negócio jurídico. Segundo o autor, não é viável pensarmos que, ao celebrar-se um contrato, se está a prometer, em simultâneo com a promessa de uma prestação, o valor económico da mesma, isto é, a indemnização dos prejuízos causados pelo não cumprimento contratual. (Cf. Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, 84, nota 161, num sentido concordante com o jurista germânico).

³⁶ No fundo, do que se trata no parágrafo antecedente é de explicar que a responsabilidade contratual é co-natural ao obrigado a cumprir. A transmissão ou não da responsabilidade fica totalmente dependente da transmissão ou não do crédito primário.

de entrar em cena um princípio normativo (positivo, transpositivo e suprapositivo e, portanto, alicerçador da própria ideia do direito enquanto direito), o princípio da responsabilidade, porque em causa não está a exclusão desta, mas a permanência do crédito na instituição de origem, a decisão não é ilegítima. Há, apenas, que ter em conta que, porque o crédito indemnizatório pode ser configurado como um crédito comum, se poderá eventualmente levantar o problema de uma pretensa violação do princípio da igualdade³⁷.

Haveremos, contudo, de ter em conta que alguns autores autonomizam uma terceira via de responsabilidade civil. De facto, há determinadas situações que não configuram uma hipótese de responsabilidade extracontratual (por não estar em causa a violação de direitos absolutos), mas também não traduzem, na sua pureza, uma hipótese de responsabilidade contratual. É neste contexto que certos autores, para fazer face a estas situações de “terra de ninguém, entre o delito e o contrato”, propõem que se fale de uma terceira via de responsabilidade civil. No fundo, a dicotomia delitual/contratual deixaria de ter correspondência perfeita com os dados sistemáticos, sendo necessário autonomizar um *tertium genus*, para o qual seriam reconduzidas as hipóteses de responsabilidade pré-contratual ou responsabilidade pela *culpa in contrabando*, responsabilidade pela confiança, responsabilidade pela violação de deveres decorrentes da boa-fé (numa relação contratual), responsabilidade do gestor de negócios, responsabilidade nas obrigações nascidas de quase-contratos, responsabilidade pela violação de contratos com eficácia de proteção para terceiros³⁸. Não

³⁷ Sobre o ponto, Mafalda Miranda BARBOSA, *Direito civil e sistema financeiro*, 67.

³⁸ Sobre a terceira via da responsabilidade civil, cf. autores como Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, 80 s.; IDEM, *Uma terceira via da responsabilidade civil*, 85; e IDEM, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Almeida, 2004, 111, nota 220; Batista MACHADO, “Tutela da confiança e venire contra factum proprium”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, 117 (1985) 377; e IDEM, “A Cláusula do Razoável”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119.º, 619; Menezes LEITÃO, “Responsabilidade civil do gestor”, 68 s.; CANARIS, “Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione”, *Revista Critica del Diritto Privato*, 1/3 (Setembro de 1983). Sinde Monteiro, referindo-se especificamente aos contratos com eficácia de proteção para terceiros, considera que os deveres de proteção podem ser reconduzidos ao âmbito contratual e que o terceiro pode ser, por integração, inserido na esfera de protecção do contrato

sendo este o momento adequado para nos pronunciarmos sobre a bondade de uma terceira via de responsabilidade civil, importa, não obstante, considerar que, se ela corresponde, em alguns casos, a dados sistemáticos, pelo que não poderá ser recusada, haverá situações que os autores integram no âmbito de uma terceira via de responsabilidade civil que julgamos que possam ser reconduzidas à responsabilidade contratual. Assim, por exemplo, nas situações de responsabilidade geradas pela violação de deveres de conduta no âmbito de uma relação obrigacional³⁹.

Independentemente do acerto ou não da autonomização, podemos partir de uma ideia: configurem ou não *um tertium genus*, algumas das hipóteses consideradas podem ser assimiladas ou, pelos menos, aproximadas pelo/ao âmbito de relevância contratual. De facto, em muitas delas, embora o âmbito de relevância seja menos amplo que o do regime contratual, existe ainda uma similitude bastante que, pela convocação de um fundamento material – a ideia de confiança presente em ambos os domínios –, permite sopesar mais fortemente as semelhanças que as diferenças.

Assim, nas hipóteses em que tal assimilação ou, pelo menos, aproximação se opere, a mesma lógica de inseparabilidade dos negócios jurídicos de base há-de verificar-se. Consideremos, então, duas hipóteses partindo do pressuposto da assimilação/

– *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 525 –, mas considera que se deve recusar a aplicação em bloco do regime da responsabilidade contratual aos casos de preterição de tais deveres, aderindo, assim, também a uma terceira via, híbrida, de responsabilidade civil – cf. 531. Manifestando-se contra uma terceira via de responsabilidade civil, cf. Mota PINTO, “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento XIV, 150; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa: Lex, 1999, 444 e 488; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/III, 400 s. (mostrando-se crítico da perspectiva, que considera inútil, mas abrindo as portas a uma terceira via que surja, no tocante à violação de deveres do tráfego, como uma decorrência da responsabilidade aquiliana). Na doutrina estrangeira, veja-se, ainda e *inter alii*, CASTRONOVO, “L’obbligazione senza prestazioni ai confini tra contratto e torto”, *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto Civile*, Milano, 1995, 166 s. e 233, criticando a terceira via de responsabilidade civil, apesar de defender uma ideia de responsabilidade pela confiança.

³⁹ Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade*, 1.ª parte, cap. II.

aproximação. Se o negócio celebrado a partir do qual se vai desencadear, por exemplo, uma hipótese de responsabilidade pré-contratual tiver sido transmitido para a instituição de transição, então a obrigação de indemnização também se transmitiu; se, pelo contrário, esse negócio se mantiver na esfera da instituição objeto de resolução, então a transmissão não se opera⁴⁰.

4. Conclusões

A eficácia da medida de resolução fica dependente da capacidade que a entidade responsável pela sua aplicação tenha de poder conformar livremente o seu conteúdo. No tocante à transferência de parte dos ativos e passivo para uma instituição de transição, é fundamental que tal entidade possa selecionar com base da determinação do valor do passivo e do ativo os créditos e obrigações a transferir. Simplesmente, essa liberdade não é absoluta, devendo respeitar não só a teleologia do regime da resolução, como também os princípios normativos e a conformação das relações privadas que, antes da intervenção, se estabeleceram entre o banco e os diversos sujeitos que com ele interagiam.

⁴⁰ Pensemos, por exemplo, na celebração de um contrato que, sendo válido, é desvantajoso, por se terem violado determinados deveres de informação. De outro modo não poderia ser, dado que a indemnização se poderia traduzir, atentos determinados limites, na desvinculação do contrato, já que o nosso ordenamento jurídico dá primazia à reconstituição natural em detrimento da indemnização em dinheiro. Ora, como cindir esta responsabilidade da esfera jurídica onde se encontra o contrato? Ela é absolutamente incindível do negócio que lhe deu origem.

Aqui chegados, não podemos senão manifestar algumas dúvidas. Pensemos, na verdade, na hipótese de responsabilidade pré-contratual pela celebração de um negócio inválido, que foi mantido, inicialmente, na esfera jurídica do banco objeto da medida de resolução. Uma vez anulado, o negócio desaparece. O que quer dizer que ele não perdura nem na esfera jurídica da instituição objeto de resolução. Assim sendo, pergunta-se se a exclusão de transmissão não implica que assumo o risco que é repartido pelo regime da resolução um sujeito que, de todo o modo, não está validamente vinculado negocialmente à instituição financeira. A mesma questão se poderia colocar, aliás, por referência aos credores de uma indemnização assente na responsabilidade extracontratual.

