

Centro de Estudos Judiciários

Formação contínua 2017/2018 - Temas de Direito Administrativo

A reação contenciosa perante as deliberações que aplicam medidas de resolução e as atuações ou omissões dos titulares dos poderes de supervisão e resolução bancária

GARRIGUES

Vasco Freitas da Costa

4 de maio de 2018

Breve contextualização

O balanço de uma instituição bancária

Aplicação de fundos

Ativo

Caixa (moedas e notas)
Crédito a clientes
Disponibilidades no banco central
Disponibilidades noutras instituições bancárias
Ativos financeiros
Outros ativos (p. ex., intangíveis, imóveis, etc.)

Total (ativo)

Meios de financiamento

Passivo

Recursos de clientes
Recursos de outras instituições bancárias
Recursos do banco central
Provisões
Responsabilidades por obrigações ou outros títulos
Outros passivos

Capital próprio

Capital
Resultados transitados

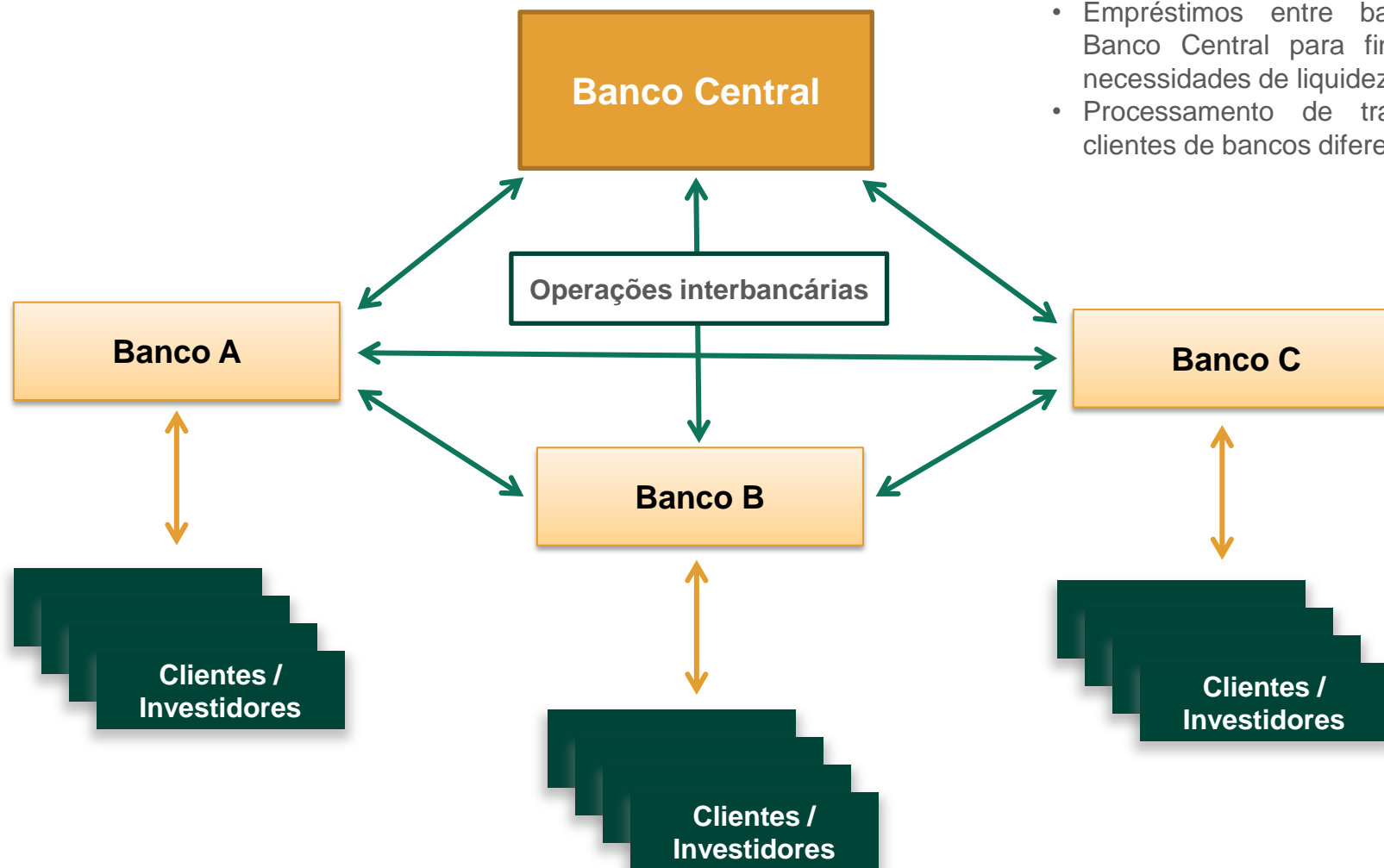
=

Total (passivo + capital próprio)

Sinopse do mercado de financiamento bancário

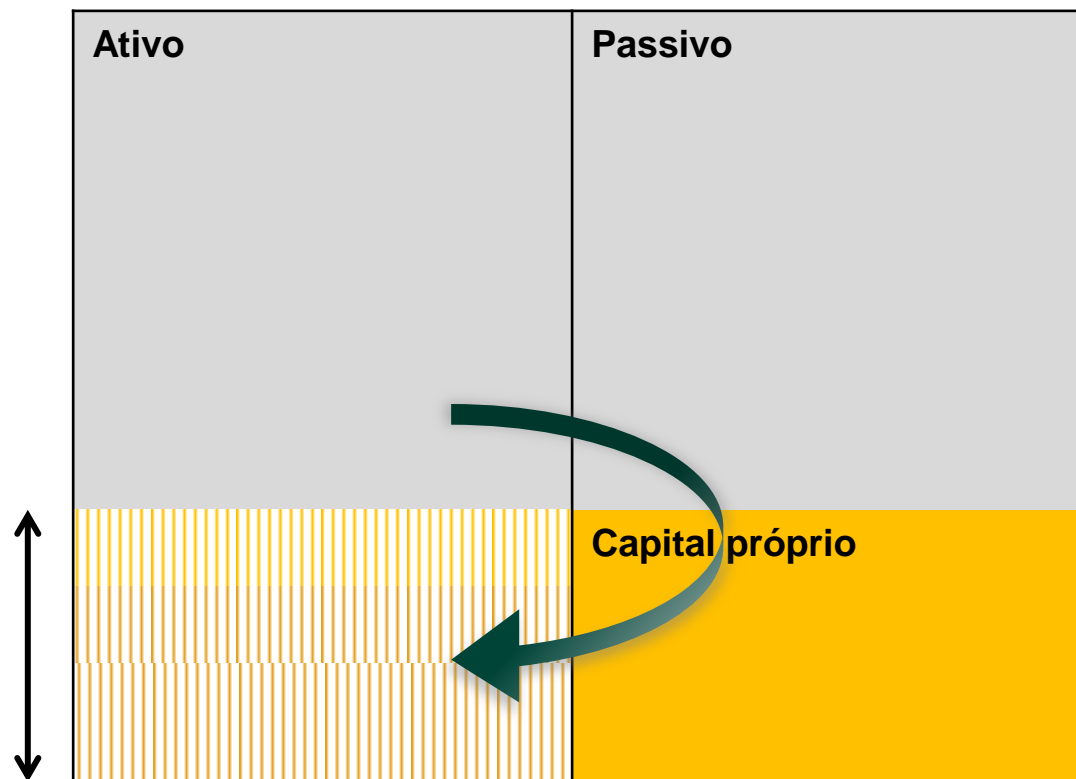
Mercado interbancário

- Empréstimos entre bancos e/ou do Banco Central para financiamento de necessidades de liquidez dos bancos
- Processamento de transações entre clientes de bancos diferentes



Os dois alicerces da solvência bancária

1) Capitalização



Princípio geral

- Os bancos devem garantir que dispõem, em qualquer momento, de capital suficiente para absorver eventuais deteriorações dos ativos bancários (p. ex., crédito não reembolsado)

Regras acolhidas no Direito da EU(*) (inspiradas nos acordos de Basileia III)

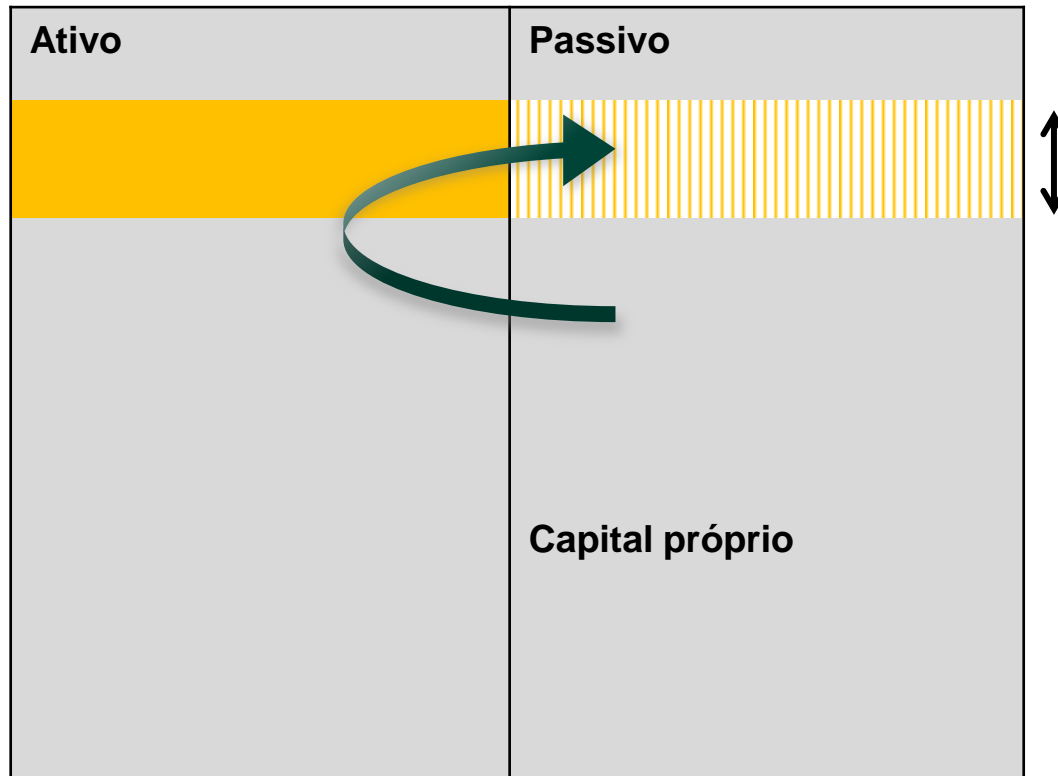
- Reservas de fundos próprios(**) sobre ativos ponderados pelo risco (reserva geral de 8% a que poderão acrescer reservas adicionais)
- Rácio de alavancagem (quociente dos instrumentos de fundos próprios principais de nível 1 sobre o total de ativos), igual ou superior a 3%

(*) Cfr. Diretiva 2013/36/UE, do PE e do Conselho, de 26 de junho, e Regulamento 575/2013, do PE e do Conselho, de 26 de junho

(**) Os instrumentos de fundos próprios classificam-se em (i) instrumentos principais de nível 1, (ii) instrumentos adicionais de nível 1 e (iii) instrumentos de nível 2, consoante a sua maior ou menor qualidade ou grau de subordinação

Os dois alicerces da solvência bancária

2) Liquidez



Princípio geral

- Os bancos devem garantir que dispõem, em qualquer momento, de suficientes ativos líquidos para servir o pagamento de dívidas vencidas ou o reembolso de fundos aos depositantes

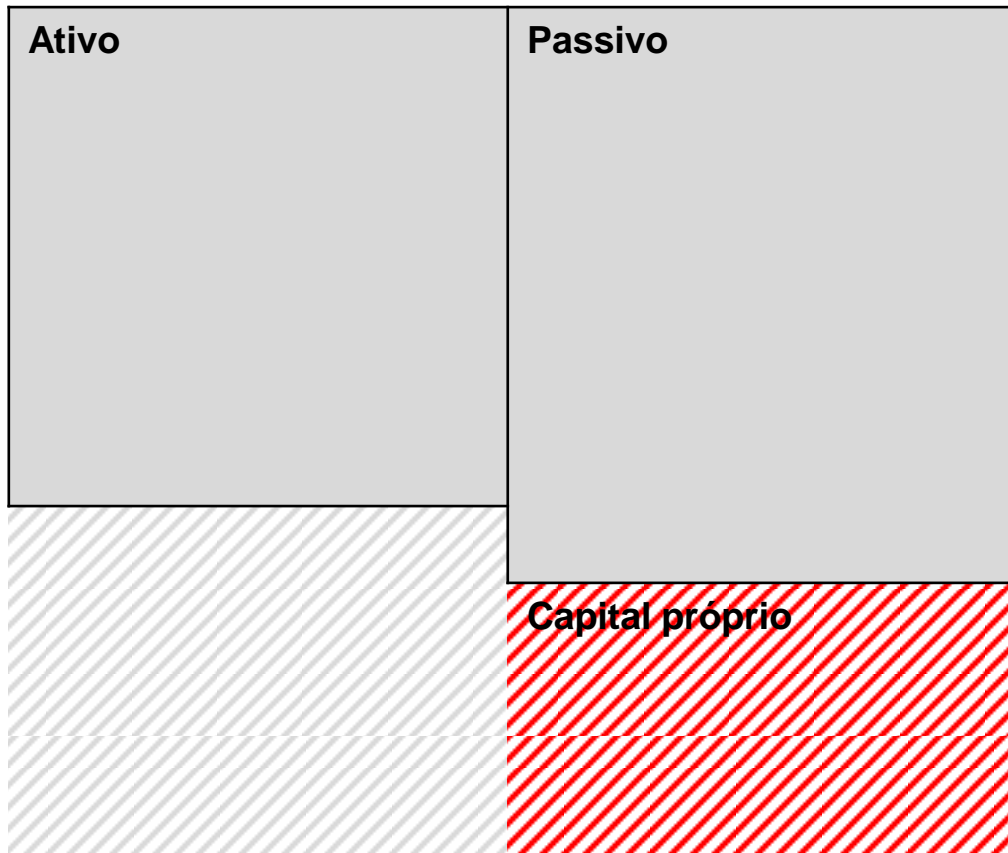
Regras acolhidas no Direito da EU(*) (inspiradas nos acordos de Basileia III)

- Rácio de liquidez de curto prazo (exige a detenção de ativos líquidos não onerados suficientes para suportar 30 dias de *stress*)
- Rácio de financiamento estável (procura assegurar que a atividade bancária é suficientemente ancorada em financiamento estável e durável, limitando o diferencial de maturidades entre ativos e passivos)

(*) Cfr. Diretiva 2013/36/UE, do PE e do Conselho, de 26 de junho, e Regulamento 575/2013, do PE e do Conselho, de 26 de junho

Cenários de insolvência bancária

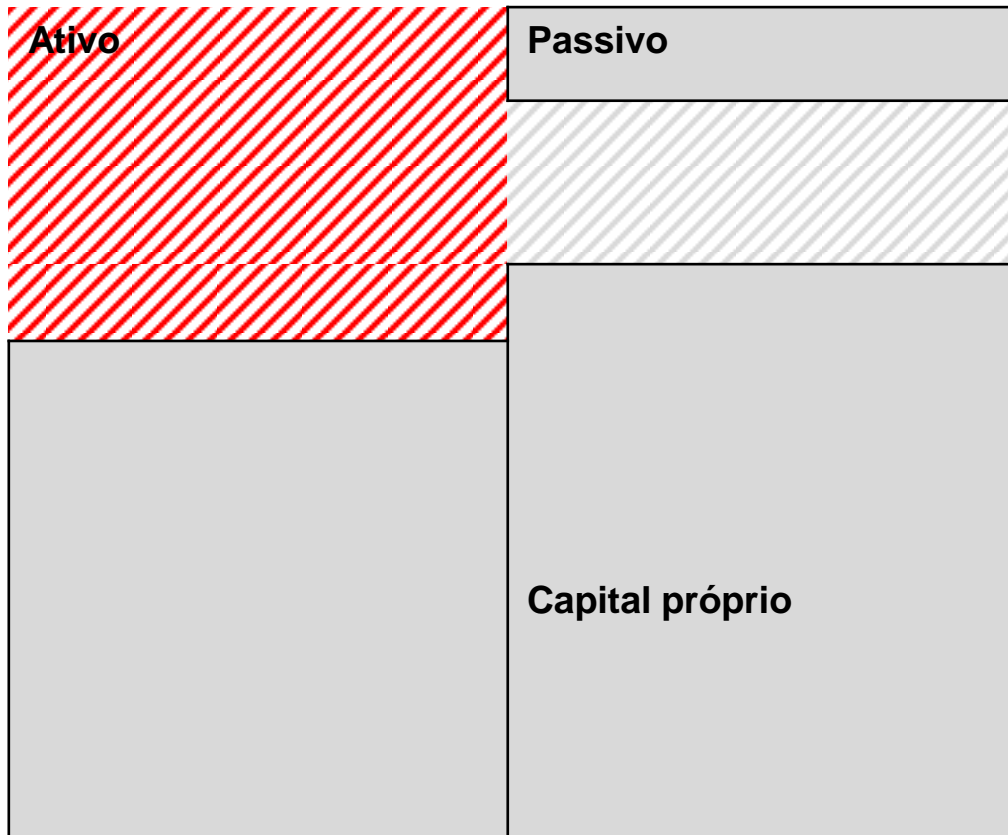
1) Capitais negativos (ativo torna-se inferior ao passivo)



- A deterioração dos ativos consome por completo o capital próprio do banco
- O banco deixa de ter ativos suficientes para fazer face aos seus passivos, tornando-se, por isso, insolvente

Cenários de insolvência bancária

2) Falta de liquidez (impossibilidade de cumprimento de obrigações)



- O banco não dispõe de ativos líquidos suficientes que lhe permitam realizar pagamentos e satisfazer as suas responsabilidades, gerando uma crise de liquidez (devido, p. ex., à ocorrência de uma *'corrida aos depósitos'*)
- Tipicamente, a rutura de pagamentos poderá convolar-se numa situação de capitais negativos (primeiro cenário de insolvência acima considerado), devido ao facto de os ativos serem liquidados a *'baixo preço'* para remediar necessidades de liquidez imediata

Razões para a adoção de um regime de resolução ou “liquidação ordenada”

- As funções críticas dos bancos na economia, e potenciais impactos sistémicos associados à sua insolvência
 - Papel dos bancos no sistema de pagamentos e financiamento de liquidez no mercado interbancário
 - Papel dos bancos como depositários (na prática, “devedores”, visto se tratar de um “depósito irregular”) do dinheiro das famílias e empresas
 - Papel dos bancos como gestores de fundos e ativos por conta de clientes investidores
- Minimização de apoios financeiros públicos extraordinários, através da internalização das perdas pelos acionistas e credores da instituição bancária insolvente

Regime europeu e nacional de resolução bancária

Harmonização normativa

- Relatório de De Larosière (2009) dá expressão ao objetivo de maior aproximação e harmonização dos diversos quadros jurídicos nacionais de supervisão bancária, no pós-crise 2008
- A harmonização dos quadros jurídicos nacionais de supervisão bancária teve um grande avanço em 2013-2014 com a aprovação ao nível da UE de:
 - **Novo regime jurídico de acesso à atividade e supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento** (Diretiva 2013/36/UE, do PE e do Conselho, de 26 de junho (CRD IV); Regulamento 575/2013, do PE e do Conselho, de 26 de junho (CRR))
 - **Novo regime jurídico de recuperação e resolução das instituições de crédito e empresas de investimento** (Diretiva 2014/59/UE, do PE e do Conselho, de 15 de maio)
- No domínio da recuperação e resolução das instituições de crédito e empresas de investimento, o legislador português já se tinha antecipado ao legislador da UE na criação de um regime de “liquidação ordenada” dessas instituições, através do DL 31-A/2012, de 10 de fevereiro (que alterou o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras - “RGICSF”), o qual foi depois completado em função da nova diretiva

Mais do que harmonização normativa, centralização decisória

- Dada a necessidade de garantir maior previsibilidade e uniformidade no exercício da supervisão e da resolução bancárias ao nível da UE, entendeu-se que, mais do que uma harmonização normativa (*single rulebook*), deveria ocorrer uma decisiva transferência de atribuições e competências das autoridades nacionais para as autoridades da UE, norteada por princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, no contexto de uma União Bancária
- Nesse contexto, foram criados os seguintes mecanismos aplicáveis a todos os Estados-membros aderentes à moeda única, com a possibilidade de adesão por parte dos restantes Estados-membros da UE:
 - **Mecanismo Único de Supervisão (MUS)**, presidido pelo Banco Central Europeu (BCE), nos termos do Regulamento 1024/2013, do PE e do Conselho, de 15 de outubro
 - **Mecanismo Único de Resolução (MUR)**, presidido pelo Conselho Único de Resolução (CUR), nos termos do Regulamento 806/2014, do PE e do Conselho, de 15 de julho

Mais do que harmonização normativa, centralização decisória

Supervisão prudencial



Autoridade Nacional de
Supervisão (Banco de Portugal)

Resolução



Autoridade Nacional de
Resolução (Banco de Portugal)

Mecanismo Único de Supervisão

MUS – com efeitos a partir de 4 de novembro de 2014

BCE	<ul style="list-style-type: none">• Supervisão prudencial direta das entidades/grupos significativos(*)• Acompanhamento da supervisão prudencial das entidades/grupos menos significativos pelas ANS (com possibilidade de avocação de poderes, pedido de informações, realização de investigações e inspeções)• Autorização de constituição das instituições de crédito, ou da aquisição de participações qualificadas, sob proposta da ANS
Autoridade Nacional de Supervisão (ANS)	<ul style="list-style-type: none">• Supervisão prudencial das entidades/grupos menos significativos• Cooperação com o BCE na prossecução das suas atribuições• Elaboração e envio ao BCE de proposta de decisão sobre a autorização de constituição de instituições de crédito, ou aquisição de participações qualificadas

(*) Sobre o conceito de entidades/grupos significativos, ver *slide* seguinte

Mecanismo Único de Supervisão

Critérios de classificação de entidades/grupos significativos(*)(**)

Dimensão	<ul style="list-style-type: none">• Valor total de ativos \geq € 30 mil milhões
Importância para a economia	<ul style="list-style-type: none">• Valor total dos ativos \geq 20% do PIB do Estado-membro e \geq € 5 mil milhões; ou• Importância para setores económicos específicos da UE ou de um Estado-membro participante; interligação com a economia da UE ou de um Estado-membro participante; possibilidade de substituição; complexidade da atividade
Atividade transfronteiriça	<ul style="list-style-type: none">• Grupos com filiais noutros Estados-membros participantes com total de ativos $>$ € 5 mil milhões e cujos rácios de ativos e passivos transfronteiriços sobre ativos e passivos totais sejam, respetivamente, \geq 20%
Assistência pelo MEE	<ul style="list-style-type: none">• Pedido ou obtenção pela entidade ou grupo de assistência financeira pública direta do Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE)
Ranking nacional	<ul style="list-style-type: none">• A entidade ou grupo ser uma das três instituições de crédito ou dos grupos mais significativos num Estado-membro participante

(*) Cfr. Regulamento (UE) 468/2014, do BCE, de 16 de abril

(**) Em Portugal, classificam-se atualmente como significativos os grupos BPI, Banco Comercial Português, Caixa Geral de Depósitos e Novo Banco, todos com base no critério da dimensão

Mecanismo Único de Resolução

MUR – com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2016

CUR	<ul style="list-style-type: none">• Elabora os planos de resolução e adota todas as decisões relacionadas com a resolução relativamente a: <i>(i)</i> entidades ou grupos significativos ou que o BCE tenha decidido colocar sob a sua supervisão direta no âmbito do MUS; <i>(ii)</i> outros grupos transfronteiriços; <i>(iii)</i> entidades ou grupos que o CUR tenha decidido sujeitar diretamente aos seus poderes de resolução, nomeadamente devido a incumprimento pela ANR de anteriores advertências do CUR; <i>(iv)</i> entidades ou grupos que o respetivo Estado-membro participante decida submeter à competência do CUR• Adotar o programa de resolução de entidades ou grupos cuja resolução implique a utilização do Fundo de Resolução
Autoridade Nacional de Resolução (ANR)	<ul style="list-style-type: none">• Elabora os planos de resolução e adota todas as decisões relacionadas com a resolução relativamente a entidades ou grupos não sujeitos diretamente aos poderes do CUR, fazendo-o em estreita cooperação com este último• Adota todas as medidas necessárias para a execução do programa de resolução(*) emitido pelo CUR relativamente às entidades ou grupos diretamente sujeitos aos poderes de resolução deste último

(*) Através do programa de resolução, o CUR estabelece, entre outros aspetos, os detalhes dos instrumentos de resolução a aplicar (incluindo, p. ex., a designação de administradores especiais), cabendo depois à ANR a implementação dessas medidas

Mecanismo Único de Resolução

Fundo Único de Resolução

- A criação do MUR foi acompanhada da criação de um Fundo Único de Resolução (FUR), propriedade do CUR, destinado a ser utilizado por este último na medida do necessário para assegurar uma aplicação eficaz dos instrumentos de resolução
- O FUR é alimentado, entre outros meios de financiamento, através de contribuições das instituições autorizadas nos Estados-membros participantes, com carácter *ex ante* (periodicidade anual) ou *ex post* (para cobertura extraordinária de perdas). As contribuições são calculadas com base na proporção do passivo de cada instituição no passivo total das instituições, sendo ainda ajustadas de acordo com o perfil de risco de cada instituição e os ciclos económicos
- O FUR deverá atingir um nível-alvo de financiamento correspondente a pelo menos 1% do montante dos depósitos cobertos de todas as instituições de crédito autorizadas nos Estados-membros participantes, até 1 de janeiro de 2024
- Até que o FUR atinja o referido nível-alvo de financiamento, ou, o mais tardar, até 1 de janeiro de 2024, o CUR utiliza o FUR de acordo com a sua divisão em compartimentos nacionais correspondentes aos diversos Estados-membros participantes

Pressupostos básicos das medidas de resolução

1. A instituição deve ser considerada inviável (devido a insolvência ou a risco de insolvência):

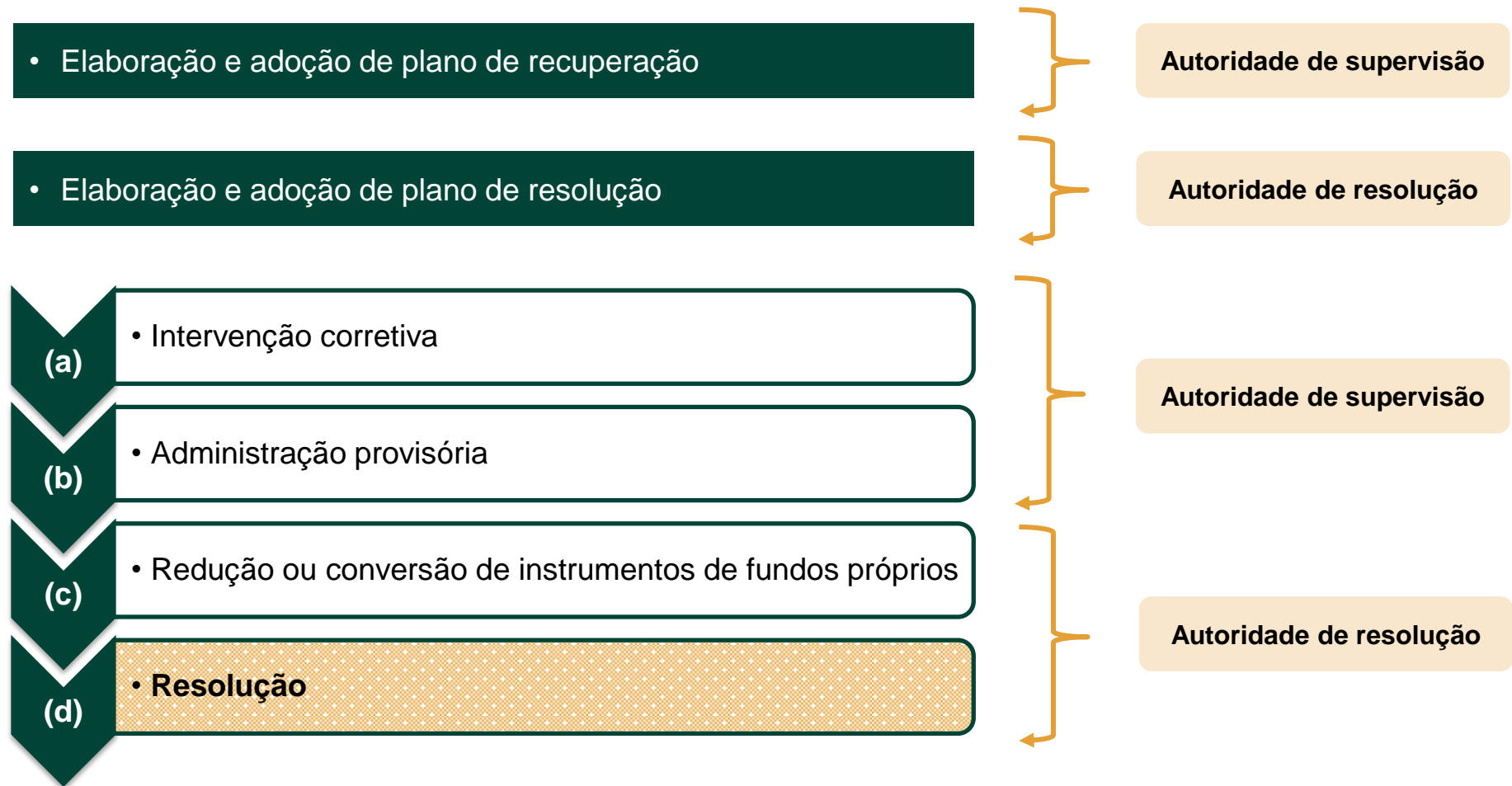
- ❖ Incumprimento dos requisitos de autorização (atualmente ou dentro de pouco tempo)
- ❖ Ativos inferiores aos passivos (atualmente ou dentro de pouco tempo)
- ❖ Incapacidade de pagamento de dívidas vencidas (atualmente ou dentro de pouco tempo)
- ❖ Necessidade de apoio financeiro público extraordinário, salvo os casos em que o Estado (com a aprovação da CE em sede de auxílios de Estado) preste garantias ou subscreva/adquira instrumentos de fundos próprios a título transitório a favor de instituições solventes

2. A situação não é remediável, em prazo razoável, através de medidas da própria instituição ou de medidas do supervisor (medidas de intervenção corretiva, administração provisória ou redução ou conversão de instrumentos de fundos próprios)

3. As medidas de resolução mostram-se necessárias e proporcionais face às finalidades de interesse público subjacentes à resolução

4. A liquidação judicial da instituição não constitui alternativa eficaz

A resolução como intervenção de “ultima ratio”



Os quatro instrumentos de resolução



- A autoridade de resolução poderá aplicar estas medidas isoladamente ou em conjunto, exceto a medida de segregação de ativos, que apenas pode ser aplicada juntamente com outra medida de resolução
- A aplicação da medida de recapitalização interna é necessariamente antecedida de uma medida de redução ou conversão dos instrumentos de fundos próprios
- O Fundo de Resolução disponibiliza o apoio financeiro necessário às medidas de resolução (exs.: concedendo empréstimos ou garantias; subscrevendo o capital social da instituição de transição), recuperando depois essas despesas no produto da venda ou liquidação dos ativos

Os poderes de resolução

A autoridade de resolução dispõe de um conjunto vasto de poderes para assegurar a eficácia operativa de cada um dos instrumentos de resolução, tais como:

- Modificação ou alteração da data de vencimento dos instrumentos de dívida ou outros passivos elegíveis emitidos pela instituição, ou do montante ou data de vencimento dos juros devidos ao abrigo desses instrumentos ou passivos, nomeadamente através da suspensão temporária de pagamentos
- Liquidação e rescisão dos contratos financeiros ou contratos de derivados em que a instituição é parte
- Suspensão dos direitos de rescisão ou obrigações de pagamento ou entrega em contratos em que a instituição é parte, ou da execução de penhoras de ativos da instituição, desde o momento da publicação do aviso de suspensão até às 24h do dia útil seguinte ao da publicação
- Garantia de que a transferência de ações ou títulos representativos do capital social da instituição, ou dos seus ativos, direitos e passivos, produz efeitos sem quaisquer ónus ou responsabilidades, sem prejuízo de direitos indemnizatórios e da transferência unitária das posições contratuais associadas a contratos de garantia financeira, convenções de compensação ou *netting agreements*

Principais limites e salvaguardas

- Nenhum acionista ou credor da instituição **pode suportar um prejuízo superior ao que suportaria em caso de liquidação imediata da instituição** (caso contrário, terá direito a receber a diferença do Fundo de Resolução)
- Os credores são tratados de acordo com a ordem de graduação de créditos nos processos normais de insolvência, devendo os credores da mesma classe ser tratados equitativamente
- Não podem ser objeto de redução ou conversão em capitais próprios os seguintes passivos:
 - Depósitos cobertos pelo sistema de garantia de depósitos (em Portugal, até € 100.000,00)
 - Passivos que beneficiem de garantias reais
 - Passivos decorrentes da detenção de ativos ou fundos por conta de clientes
 - Passivos perante outras instituições de crédito ou empresas de investimento (salvo passivos intragrupo) com um prazo de vencimento inicial inferior a sete dias
 - Passivos perante sistemas ou operadores ou participantes em sistemas de pagamentos ou liquidação de valores mobiliários, decorrentes da participação nesses sistemas, com um prazo de vencimento restante inferior a sete dias
 - Passivos perante trabalhadores, prestadores de bens ou serviços críticos, autoridades fiscais ou de segurança social ou sistemas de garantia de depósitos (decorrentes de contribuições)

Possibilidade de exclusão de passivos da redução/conversão

- Para além dos passivos referidos no *slide* anterior, a autoridade de resolução pode ainda, excecionalmente, excluir certos passivos da aplicação dos poderes de redução/conversão se:
 - Não for operacionalmente possível aplicar tempestivamente esses poderes
 - A exclusão for estritamente necessária e proporcional para garantir a continuidade de funções críticas ou linhas de negócio estratégicas da instituição
 - A exclusão for estritamente necessária e proporcional para evitar uma perturbação grave no funcionamento dos mercados financeiros, com impacto na economia nacional ou da UE
 - A aplicação daqueles poderes for suscetível de causar uma destruição de valor tal que as perdas sofridas por outros credores seriam maiores do que se esses passivos fossem reduzidos/convertidos
- Excluídos os passivos, o nível de redução/conversão aplicado aos outros passivos pode ser aumentado para ter em conta essas exclusões
- Caso as perdas resultantes das exclusões não possam ser integralmente transferidas para os outros credores, o Fundo de Resolução pode, mediante certas condições, fazer uma contribuição para a instituição objeto de resolução (não superior a 5% do total de passivos e fundos próprios), para cobertura de perdas e/ou aquisição de ações ou instrumentos de capital

Reação contenciosa

a. Tutela anulatória (impugnação de decisões)

Tipo de ação, legitimidade e tribunais competentes

Impugnação de decisões do CUR (ex.: programa de resolução; ordens/instruções diretas)

- Interposição de **recurso de anulação** no Tribunal de Justiça da UE (art. 263.º do TFUE), pelos sujeitos destinatários da decisão ou aos quais a decisão diga direta e individualmente respeito
- No caso de determinadas decisões (ex.: aplicação de coimas ou sanções pecuniárias compulsórias no âmbito da resolução), deve primeiro ser interposto recurso junto da Câmara de Recurso do CUR

Impugnação de decisões do Banco de Portugal

- Propositura de **ação de impugnação de ato administrativo** nos tribunais administrativos portugueses (arts. 50.º ss. do CPTA), pelos sujeitos titulares de um interesse direto e pessoal, designadamente por terem sido lesados pelo ato nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos
- Reenvio prejudicial de eventuais questões relativas à validade ou interpretação de atos de instituições, órgãos ou agências da UE (ex.: validade ou interpretação do programa de resolução adotado pelo CUR) para o Tribunal de Justiça da UE (art. 267.º TFUE)
- Propositura de ações de impugnação de coimas no tribunal da concorrência, regulação e supervisão

Principais questões materiais a apreciar

Preenchimento do quadro de pressupostos das medidas de resolução

Inexistência de prejuízos superiores para os acionistas e credores relativamente ao cenário alternativo de liquidação

Tratamento equitativo dos credores (hierarquia de prioridade de créditos e igualdade entre credores com a mesma prioridade)

Proporcionalidade na afetação de direitos patrimoniais privados (posições contratuais; direitos de crédito; ativos financeiros)

Observância de princípios de concorrência e igualdade de mercado (auxílios de Estado; licitação da venda de ativos no mercado)

Sindicabilidade judicial das questões materiais

- As medidas de resolução são tomadas com base em avaliações independentes dos ativos e passivos da instituição, as quais poderão ser sindicadas pelos tribunais através de juízos periciais (salvo tratando-se de processos cautelares, de acordo com o RGICSF)
- Cfr. Considerando 89 da Diretiva 2014/59/UE, do PE e do Conselho, de 15 de maio:

“As medidas de gestão de crises tomadas pelas autoridades nacionais de resolução podem requerer avaliações económicas complexas e uma grande margem de discricionariedade. As autoridades nacionais de resolução estão especificamente dotadas das competências necessárias para realizar estas avaliações e para determinar a utilização apropriada da margem de discricionariedade. Por conseguinte, importa assegurar que as avaliações económicas complexas realizadas pelas autoridades nacionais de resolução nesse contexto sejam utilizadas pelos tribunais nacionais como base para o exame das medidas de gestão de crises em causa. Todavia, a natureza complexa destas avaliações não deverá impedir os tribunais nacionais de analisar se os dados em que a autoridade de resolução se baseia são factualmente rigorosos, fiáveis e coerentes, se incluem todas as informações relevantes que deverão ser tidas em conta para avaliar uma situação complexa e se podem fundamentar as conclusões tiradas a partir deles” (destaque nosso)

Prevalência da via de reparação indemnizatória

- Se necessária para proteger terceiros de boa-fé (ex.: adquirentes de ações ou ativos da instituição objeto de resolução), a anulação de decisões da autoridade de resolução não afeta os atos administrativos praticados ou as transações concluídas com base na decisão anulada, sendo o interesse do autor reparado via indemnização a suportar pela autoridade de resolução
- Em Portugal, nos termos do RGICSF, o Banco de Portugal pode, em execução das referidas sentenças anulatórias, invocar causa legítima de inexecução nos termos do CPTA, iniciando-se, de imediato, o procedimento tendente à fixação da indemnização a favor do autor

b. Tutela condenatória (suprimento de omissões)

Tipo de ação, legitimidade e tribunais competentes

Suprimento de omissões do CUR

- Propositura de **ação por omissão** junto do Tribunal de Justiça da UE (art. 265.º do TFUE), pelos sujeitos destinatários do ato omitido (ou aos quais o ato omitido diga direta e individualmente respeito)
- Exigência de prévio convite ao CUR para agir, sujeito a um prazo de decisão de dois meses, pode retirar grande parte da utilidade a este mecanismo processual no contexto da resolução bancária

Suprimento de omissões do Banco de Portugal

- Propositura de **ação de condenação à prática do ato devido** junto dos tribunais administrativos portugueses (arts. 66.º ss. do CPTA), pelos sujeitos titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, dirigidos à emissão do ato
- A ação pode ser proposta sem necessidade de requerimento prévio de decisão nos casos em que o dever de emissão do ato resulte diretamente da lei, o que poderá incrementar a utilidade deste mecanismo processual num contexto de urgência como o da resolução bancária

GARRIGUES

www.garrigues.com