

Centro de Estudos Judiciários – CEJ

Temas de Direito Administrativo

Responsabilidade civil extracontratual
das entidades reguladoras na supervisão
bancária

Lisboa, Fevereiro de 2016

LUÍS SILVA MORAIS

Doutor em Direito - Faculdade de Direito da Universidade de
Lisboa (FDL)

Cátedra Jean Monnet em Regulação Económica na UE
Professor Associado da Faculdade de Direito de Lisboa (FDL)

Advogado – sócio fundador de Luis Silva Morais/Sérgio
Gonçalves do Cabo, Sociedade de Advogados, rl



luis.morais.adv@netcabo.pt

www.lsmadvogados.com

You can access some of my papers and references to academic /
research activities in connection with my Jean Monnet Chair and my
research in financial regulation at:

www.cirsf.eu

Responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras na supervisão bancária

(Tópicos essenciais/esquemáticos da comunicação – não passíveis de citação ou transcrição nesta fase sem autorização prévia)

- A atividade de instituições bancárias constitui o fulcro do funcionamento do nosso sistema financeiro. Nesta conformidade, a supervisão bancária ou supervisão das instituições bancárias pode ser considerada como a verdadeira pedra de toque, de alguma forma, da supervisão financeira em Portugal – daí a importância especial do seu bom funcionamento e das consequências jurídicas a vários títulos que se podem retirar dos atos de supervisão bancária.
- Importa, para se poder equacionar com propriedade o tema da potencial responsabilidade do supervisor bancário tecer algumas considerações sobre a (i) categoria jurídica da supervisão (em torno da qual existem muitas confusões), sobre (ii) as condições instituições e o modelo institucional de organização no presente dessas funções de supervisão e (iii) sobre a repartição atual dessas funções de supervisão bancária, em termos que já não estão limitados ao ordenamento nacional e envolvem o ordenamento supranacional europeu da UE).
- Essas considerações globais, mais vastas, são necessárias para enquadrar devidamente em sede de supervisão bancária o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos decorrente da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro. São

necessárias também para trazer à colação um plano hoje decisivo nesta matéria de direito da UE.

- Em termos conceituais, e com vista a uma análise e visão rigorosas do enquadramento global e institucional da supervisão do setor financeiro, impõe-se à partida, no quadro da regulação e supervisão deste setor - caracterizadas pela necessidade de assegurar *em permanência* quer determinados níveis de equilíbrio financeiro, numa perspetiva prudencial, quer a correção comercial de determinados comportamentos no mercado, sob pena de se comprometer seriamente o funcionamento do sector financeiro devido às características únicas de interligação sistémica que este apresenta, reconhecendo o papel primacial do segundo plano da SUPERVISÃO, diferenciar analiticamente os dois planos conceptuais correspondentes à regulação e supervisão financeira.
- A questão é aparentemente algo teórica e conceptual-formal, mas só na aparência, pois tem corolários jurídico-económicos e institucionais práticos de grande monta (incluindo para o problema da responsabilidade pela supervisão bancária).
- Trata-se de distinguir, precisamente, os conceitos ou categorias, por um lado, de regulação económica e, por outro lado, de supervisão económica aplicando-os especificamente ao sector financeiro.
- Na realidade, apesar de alguns autores referirem de modo aparentemente indistinto as funções de regulação e supervisão económicas e de a distinção entre essas realidades nem sempre ser clara também na jurisprudência – considerando aqui, designadamente, a jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional que tem aflorado matérias relativas ao exercício de poderes de supervisão e de utilização de informações obtidas por força do exercício de funções de supervisão - essas realidades devem ser adequadamente distinguidas

no plano conceptual. [cfr Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/2011, de 11 de Outubro de 2011 - proferido no processo n.º 366/11] essa clarificação e distinção concetual entre Supervisão e Regulação é formulada em termos claros e perentórios por especialistas de referência neste domínio como a professora Rosa Lastra e o professor Luis Garicano – *Trata-se também de distinção e clarificação concetual que venho, nesta matéria, defendendo em Portugal* (v.g., artigo publicado recentemente na *Revista de Concorrência e Regulação – Artigo intitulado - “Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas Questões Essenciais e Justificação do Perímetro do Regime face às Especificidades da Supervisão Financeira”*, in *Revista da Concorrência e Regulação (C&R)*, N.º 17, Janeiro/Março, 2014)

- As funções de supervisão financeira – *máxime na sub-componente de supervisão bancária* - reportam-se ao escrutínio a par e passo (*monitoring*, se quisermos utilizar uma sugestiva expressão anglo-saxónica) de determinada atividade económica e de operadores que desenvolvam tal atividade num sector regulado. Como tal, essa função de supervisão traduz-se primacialmente na verificação em concreto da efetiva aplicação (*enforcement*) de regras de enquadramento do exercício de certas atividades económicas sujeitas a regulação sectorial (*lato sensu*), em função de certos indicadores e critérios técnicos.
- Em contrapartida, esses complexos de regras de enquadramento do exercício de tais atividades, combinadas com regras de acesso às mesmas atividades, e a produção dos referidos indicadores e critérios técnicos - *de intensidade e exigência variável conforme o sector económico regulado em causa* - que vão ‘*a priori*’ balizar a atuação dos operadores nos sectores em questão, correspondem globalmente a

uma dimensão de regulação em sentido estrito (que pode compreender subsidiariamente uma dimensão de exercício de poderes sancionatórios próprios de autoridades reguladoras autónomas, com vista a salvaguardar o cumprimento desses complexos de regras, indicadores ou parâmetros técnicos).

- A intervenção pública ordenadora da atividade das instituições financeiras – incluindo naturalmente as instituições bancárias (que aqui especialmente nos interessam) - constitui o expoente máximo de uma abordagem regulatória (lato sensu), caracterizada pela prevalência da dimensão de supervisão, cuja especificidade deve ser reconhecida juridicamente e em termos institucionais.
- Paralelamente, o que está aqui em causa também é assumir um *modelo de regulação e supervisão económica autónoma* que se toma como referência ou paradigma em relação a alguns dos principais sectores da economia, e que se contrapõe a outros dois níveis distintos de instâncias públicas de regulação ou supervisão correspondentes, em primeiro lugar, ao nível governamental (incluindo ministérios e departamentos governamentais na área económica) e, em segundo lugar, a um nível de organismos reguladores relativamente dependentes, que compreendem largamente no âmbito de sistemas administrativos de tipo continental a institutos públicos com alguma autonomia funcional e financeira, mas ou sujeitos em certos casos a superintendência governamental, ou a formas de tutela mais intensa.
- No plano da UE vem-se observando ao longo dos últimos anos uma fundamental disparidade entre os graus de integração verificados, por um lado, no plano da regulação financeira (em sentido estrito) e, por outro lado, no plano da supervisão financeira (*do direito da supervisão*). Assim, na sequência da crise do sector financeiro e das reações regulatórias aos verdadeiros movimentos tectónicos

desencadeados por essa crise, registaram-se avanços quase federais na harmonização da regulação não verdadeiramente acompanhados no plano da supervisão - ou que só muito mais recentemente (desde 2014) vieram a ser acompanhados, e em termos mais limitados, nesse plano, no que respeita ao subsector bancário do sistema financeiro, no quadro do projeto da denominada *União Bancária Europeia* lançado no final do primeiro semestre de 2012 e tendo expressão, como um dos seus pilares, no lançamento do chamado mecanismo único de supervisão bancária ('MUS') no seio do BCE, que começou a operar há pouco mais de um ano – desde Novembro de 2014, em Frankfurt.

- Assistimos ao nascimento de raiz de um novo paradigma de supervisão financeira – com a criação do MUS, no quadro do BCE – através do Regulamento (UE) n° 1024/2013, atribuindo responsabilidades diretas de supervisão bancária nos Estados da Zona Euro ao MUS (quanto às chamadas instituições de crédito significativas – grupos bancários de maior dimensão que em Portugal incluem os 4 maiores grupos) – e mesmo quanto a instituições de crédito não significativas em que o MUS não assume já responsabilidades diretas de supervisão, assume um papel genérico de coordenação das metodologias de supervisão das autoridades nacionais de supervisão bancária ligadas em rede no sistema do MUS (nos termos do artigo 6.º desse Regulamento (UE) n° 1024/2013).
- Assim, a partir de Novembro de 2014 as responsabilidades de supervisão bancária são, em larga medida, transferidas para uma entidade supranacional europeia (MUS – no quadro do BCE) e as responsabilidades de supervisão bancária que cabiam até então em Portugal ao BP são, desde essa altura, drasticamente reduzidas ou limitadas – devendo notar-se que mesmo quanto às chamadas instituições de crédito não significativas em que o BP conserva

responsabilidades diretas de supervisão, passa ainda assim a atuar sob coordenação geral do MUS/BCE

- No plano nacional, está em causa – entre várias outras funções atribuídas ao Banco – aquela que lhe é cometida nos termos do artigo 17.º da respetiva Lei Orgânica para “*Exercer a supervisão das instituições de crédito e sociedades financeiras*”. Esta função é depois objeto de desenvolvimento normativo pormenorizado no *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras* (“RGICSF”), sendo neste regime que se integra uma norma essencial para enquadrar e balizar a responsabilidade civil de titulares dos órgãos de administração do Banco por atos de supervisão bancária – o artigo 12.º, n.º 3 do RGICSF nos termos do qual:

“Nos casos em que das decisões a que se referem os números anteriores – [trata-se de decisões no exercício de funções de supervisão bancária] -resultem danos para terceiros, a responsabilidade civil pessoal dos seus autores apenas pode ser efetivada mediante ação de regresso do Banco e se a gravidade da conduta do agente o justificar, salvo se a mesma constituir crime” (redação desta disposição do RGICSF dada pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro)

- De acordo com o regime do n.º 3 do artigo 12.º do RGICSF o legislador optou por um modelo de alocação de responsabilidade em que a responsabilidade direta pelos danos causados no exercício das competências de supervisão bancária reguladas no RGICSF pertence exclusivamente à pessoa coletiva BdP, sendo a responsabilidade do titular do órgão decisor meramente *indireta e eventual*.
- Poderia questionar-se se a superveniência do *regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado* de 2007 não teria determinado a cessação de vigência do n.º 3 do artigo 12.º do RGICSF.

- A resposta deverá ser claramente negativa – no caso do regime anterior do artigo 12.º do RGICSF estamos perante um regime especial, que só teria sido revogado pelo regime geral de 2007, se existissem elementos que, nos termos do n.º 3 do artigo 7.º do Código Civil, permitissem concluir de forma absolutamente inequívoca pela manifestação dessa intenção revogatória – o que não sucede de todo – de resto, o n.º 1 do artigo 2.º da Lei 67/2007 salvaguarda explicitamente os regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa.
- Para além, desta perspetiva mais formal – embora categórica em termos de resolução do problema – *cabe perguntar se há razões materiais essenciais que fundamentem uma tão marcada ESPECIALIDADE do regime de responsabilidade por atos de supervisão?* Mais uma vez, a resposta deverá ser claramente afirmativa – Tal resulta essencialmente das exigências específicas que subjazem às funções de supervisão bancária – relacionadas em última análise com a preservação da estabilidade das instituições bancárias individualmente consideradas, com a importância essencial que tal apresenta para interesses de salvaguarda das poupanças constitucionalmente garantidos e, mais latamente, relacionadas com a preservação da estabilidade do sistema financeiro como um todo.
- O exercício das funções de supervisão bancária implica necessariamente uma elevada margem de apreciação, sujeita a múltiplas condicionantes à data das decisões e a correspondentes riscos inevitavelmente associados à *alea* das situações ponderadas pelo supervisor no contexto próprio dessas decisões, sendo essa margem de apreciação com os riscos e elementos de incerteza em questão, uma dimensão intrínseca ao processo de supervisão financeira. É isso que justifica também a atribuição de um

elevadíssimo grau de AUTONOMIA às autoridades que prosseguem essas funções de supervisão. Neste quadro, importa reconhecer que múltiplos problemas que possam vir a ocorrer quanto a instituições bancárias supervisionadas dificilmente traduzirão ou poderão ser tomados, sob qualquer forma, como uma atuação desconforme às funções públicas de supervisão que, enquanto tal, tenha um nexo causal, com prejuízos específicos a ser objeto de compensação por parte do supervisor. Há mesmo ordenamentos que avançam aqui com um enquadramento de *Immunity* do supervisor – Sem ir tão longe, os pressupostos dessa responsabilidade – e reporto-me aqui agora à própria autoridade de supervisão e não apenas aos titulares dos seus órgãos – serão por via de regra muito difíceis de estabelecer – fora de casos grosseiros com relevância criminal – por força da natureza intrínseca das funções de supervisão bancária (considerações aplicáveis ao supervisor bancário nacional e ao novo supervisor bancário europeu – MUS no quadro do BCE).