



NAYDA INDHIRA SILVEIRA D' ALMEIDA PIRES

**O REGIME DE RESOLUÇÃO BANCÁRIA NO ORDENAMENTO DE
SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE: ALGUMAS QUESTÕES**

Dissertação com vista à obtenção do
grau de Mestre em Direito e
Mercados Financeiros

Orientador:

Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira, Professor da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa

Julho de 2021



Declaração antiplágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

(Nome e assinatura do/a aluno/a)

NAYDA INDIRA SILVEIRA D'ALMEIDA PIRES
Nayda Indira Silveira d'Almeida Pires

Anti plagiarism statement

I hereby declare that the work I present is my own work and that all my citations are correctly acknowledged. I am aware that the use of unacknowledged extraneous materials and sources constitutes a serious ethical and disciplinary offence.

(Student's name and signature)

DEDICATÓRIA

Ao meu querido e saudoso pai, que sempre constituiu e constituirá para mim um exemplo de inteligência, sabedoria e integridade a seguir.

À minha família, pela compreensão, apoio e parceria permanentes, especialmente pelo longo tempo de sacrifício conjunto para a concretização deste projecto.

AGRADECIMENTOS

Ao Sr. Professor Lúcio Tomé Feteira, pela excelente orientação e disponibilidade que me dedicou ao longo deste percurso académico.

À biblioteca do Banco de Portugal e da Procuradoria-Geral da República Portuguesa, por todo o profissionalismo e apoio que me dispensaram na realização da pesquisa para este trabalho.

Muito obrigada!

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

Todos os títulos de obras consultadas são citados em itálico.

As obras citadas pela primeira vez são referidas pelo nome do(s) autor(es) e respectivo título, seguidos da identificação da editora, edição e ano. Nas citações seguintes, são referidos apenas o nome do autor e a referência bibliográfica, com o respectivo número de página.

As citações em língua estrangeira são feitas na língua original, entre aspas.

Na redacção da presente dissertação optou-se por não seguir as regras do Novo Acordo Ortográfico.

ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

Art(s). ou art(s). – Artigo(s) ou artigo(s)

BCSTP – Banco Central de São Tomé e Príncipe

BIS – *Bank for International Settlements*

Coord. – Coordenação

EUA – Estados Unidos da América

FGG – Fundo Geral de Garantia

FMI – Fundo Monetário Internacional

FSB – *Financial Stability Board*

IADI – *International Association of Deposit Insurers*

KA – *Key Attribute*

LIF – Lei de Instituições Financeiras

LMESRLIB – Lei que estabelece medidas especiais de prevenção, saneamento, resolução e liquidação de instituições bancárias

NAP – Norma de Aplicação Permanente

Nº – Número

NCWO – *No Creditor Worse-Off*

Ob. cit. – Obra citada

P. ou pp. - Página ou páginas

Ss. – Seguintes

STP – São Tomé e Príncipe

NÚMERO TOTAL DE CARACTERES

O corpo da presente dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 170.755 caracteres, observando o limite de 200.000 caracteres estabelecido no número 4 do artigo 34.º do Regulamento do ciclo de estudos conducente ao grau de mestre em Direito e Mercados Financeiros (Regulamento n.º 362/2016, publicado no Diário da República, 2ª Série, N.º 68 – 7 de Abril de 2016).

RESUMO

O regime legal de prevenção, saneamento, resolução e liquidação de instituições bancárias vigente em São Tomé e Príncipe tem como objectivo salvaguardar a solidez financeira das instituições em crise, os interesses e a confiança dos depositantes e bem assim a estabilidade do sistema financeiro, seguindo, grosso modo, as directrizes e práticas estabelecidas a nível internacional, com algumas especificidades decorrentes do contexto nacional, mormente no que toca à aplicação das medidas de resolução propriamente ditas, ao financiamento das medidas de saneamento e resolução e ao regime de liquidação, suscitando algumas questões de ordem prática relevantes.

Estas questões, que são analisadas na presente dissertação, evidenciam a inadequação do regime de saneamento e resolução tal como concebido e aplicado noutros ordenamentos, desde logo em razão da reduzida dimensão do sistema financeiro são-tomense, sendo recomendada a introdução de ajustes conjunturais no que concerne à aplicação de medidas de saneamento e resolução, ao financiamento das referidas medidas e à liquidação de bancos em crise.

Palavras-chave: Resolução bancária, Bail-out, Alienação de actividade, Banco de transição, Recapitalização interna (Bail-in), Fundo Geral de Garantia, Liquidação.

ABSTRACT

The legal regime for the prevention, restructuring, resolution and liquidation of banking institutions in force in São Tomé and Príncipe aims to safeguard the financial soundness of banks in crisis, the interests and confidence of depositors and the stability of the financial system, by following, roughly, the international guidelines and practices, with some specificities arising from the national context, in particular as regards the implementation of resolution measures, the financing of restructuring and resolution measures and the liquidation regime, raising some relevant practical issues.

These issues, which are analyzed in this dissertation, show the inadequacy of the restructuring and resolution regime as conceived and applied in other systems, due to the small size of the São Tomé and Príncipe's financial system, giving rise to the recommendation for introduction of conjunctural adjustments regarding the implementation of restructuring and resolution measures, the financing of such measures and the liquidation of banks in crisis.

Key words: Bank resolution, Bail-out, Sail of business, Bridge bank, Bail-in, General Guarantee Fund, Liquidation.

INTRODUÇÃO

Decorrencia directa ou indirecta da última crise financeira internacional, introduziu-se, em 2015, no ordenamento jurídico de São Tomé e Príncipe (“STP”) um regime especial de prevenção, saneamento, resolução e liquidação de instituições bancárias, construído com a assistência técnica do Fundo Monetário Internacional (“FMI”).

A adopção deste regime foi particularmente motivada pela necessidade urgente de lidar com problemas profundos de liquidez e de solvabilidade, bem como com sucessivos incumprimentos pela instituição bancária detentora, à data, da segunda maior carteira de clientes do mercado bancário nacional, de modo a salvaguardar a estabilidade do sistema financeiro e bem assim o interesse e a confiança dos depositantes. Isto num contexto em que o regime jurídico então vigente previa, essencialmente, por parte da autoridade supervisora, o poder de imposição de medidas para correcção da situação de desequilíbrio financeiro e/ou o decretamento de intervenção na instituição em crise.

A escolha deste tema foi especialmente determinada por motivos de interesse profissional, esperando-se que o estudo desenvolvido possa contribuir para o aprofundamento do conhecimento do regime de resolução bancária, tomando como referência a experiência de STP, num contexto em que a bibliografia sobre a temática é ainda parca e em que os entendimentos e perspectivas sobre a mesma são algo dissonantes.

A presente dissertação está dividida em seis capítulos.

No primeiro faz-se uma caracterização sumária do sistema financeiro são-

tomense, com particular destaque para o papel do sector bancário e do banco central.

No segundo capítulo, procede-se a uma breve enunciação do regime anterior à instituição das medidas especiais de prevenção, saneamento, resolução e liquidação de instituições bancárias, consagrado na Lei das Instituições Financeiras (LIF)¹, realçando a motivação subjacente à adopção do novo regime.

Seguidamente, no terceiro capítulo, enunciam-se os principais aspectos da Lei que estabelece medidas especiais de prevenção, saneamento, resolução e liquidação de instituições bancárias no país (de ora em diante simplesmente “Lei de Resolução”)².

O cerne da dissertação encontra-se no quarto e no quinto capítulos, sendo o quarto capítulo especialmente dedicado à resolução bancária, analisando-se o regime previsto na Lei de Resolução à luz dos entendimentos doutrinários prevalentes e das directrizes e princípios internacionalmente estabelecidos sobre a temática.

No quinto capítulo analisa-se, numa perspectiva prática, as principais questões decorrentes da implementação do regime de resolução bancária, nomeadamente as referentes à alienação da actividade, à criação do banco de transição, à recapitalização interna, à fusão potestativa, ao financiamento da aplicação de medidas de saneamento e resolução e ao regime de liquidação.

¹ Lei n.º 9/92, de 3 de Agosto.

² Lei n.º 6/2015, de 30 de Dezembro.

O último capítulo é dedicado à formulação de conclusões e recomendações.

I. BREVE CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO SÃO-TOMENSE

O sistema financeiro são-tomense integra três bancos comerciais, dois bancos mistos, duas seguradoras e uma casa de câmbios, todos licenciados e sujeitos à supervisão do Banco Central de São Tomé e Príncipe (BCSTP)³.

Nos termos da sua Lei Orgânica⁴ (LOBCSTP), o BCSTP assume-se como o único órgão emissor do país e banqueiro do Estado; formulador e executor das políticas monetária, de crédito e de juros; gestor da política cambial; e supervisor das actividades do sistema financeiro nacional.

Enquanto autoridade supervisora, as competências do BCSTP passam designadamente por (i) autorizar a constituição de instituições financeiras e o exercício das respectivas actividades, bem como quaisquer alterações subsequentes; (ii) estabelecer as condições e autorizar a abertura de filiais, sucursais, agências ou outras formas de representação no país ou, no caso de instituições nacionais, no estrangeiro; (iii) avaliar a idoneidade dos titulares de participações qualificadas e a aptidão dos candidatos a membros do órgão de administração; (iv) velar pelo cumprimento das regras prudenciais; (v) suspender temporariamente, no âmbito do

³ In <https://bcstp.st/Instituicoes-Financeiras-Detalhes?cod=BAN>, consulta realizada a 21/05/2021 Também <https://bcstp.st/Instituicoes-Financeiras-Detalhes?cod=SEG>, consultado a 21/05/2021 E ainda <https://bcstp.st/Instituicoes-Financeiras-Detalhes?cod=CAM>, consultado a 21/05/2021

⁴ Lei n.º 8/92, de 3 de Agosto – vide em particular o artigo 1.º/ 2.

cumprimento de obrigações referentes ao bom funcionamento das instituições ou do sistema monetário e financeiro, as instituições em que tal se justifique; (vi) definir directivas para a actuação das instituições financeiras, nomeadamente no que concerne à sua organização contabilística e sistema de controlo interno; (vii) estabelecer as regras de prestação de informação pelas instituições financeiras; (viii) assegurar a manutenção de um registo das instituições financeiras autorizadas a operar; (ix) realizar inspecções nas instituições financeiras; (x) efectuar averiguações junto de entidades ou em locais onde haja suspeitas de prática irregular de actividades sujeitas ao seu controlo; e (xi) exercer a acção sancionatória em caso de prática de infracções no âmbito das actividades do sistema financeiro⁵.

Na sua composição actual, o sistema financeiro são-tomense assenta predominantemente no sector bancário, sendo que a maior instituição a operar no país – detentora de uma quota de mercado de 72% em termos de depósitos totais⁶ -, com a natureza de banco misto, é maioritariamente detida pelo Estado são-tomense (48%)⁷.

Neste contexto, importa ainda referir que apenas 38,7% da população e 17,7% das empresas estão incluídas no sector financeiro formal⁸, isto é, possuem pelo menos uma conta bancária em seu nome. Os desafios que se colocam nesse domínio são imensos, estando na forja uma Estratégia

⁵ Artigos 38.º e 40.º da LOBCSTP.

⁶ De acordo com os dados fornecidos directamente pela Direcção de Supervisão Prudencial do BCSTP.

⁷ In <https://www.bistp.st/inicio/institucional/quem-somos/estrutura-accionista/>, consulta realizada a 21/05/2021

⁸ Relatório do Inquérito à Inclusão Financeira, Banco Central de S. Tomé e Príncipe, Abril de 2019, disponível em http://www.inclusaofinanceira.st/Files/Eventos/Relatorio_Inquerito_IF_24_04_2019.pdf. Neste contexto, o sector financeiro formal corresponde às instituições devidamente habilitadas pelo BCSTP a exercer a actividade financeira.

Nacional de Inclusão Financeira para definição de medidas que permitam reverter esta situação e aumentar consideravelmente os níveis de inclusão financeira formal no país, tendo como principais pilares (i) os Serviços Financeiros Digitais, (ii) a Inclusão Financeira das Mulheres, (iii) as Finanças Verdes Inclusivas e (iv) o Empoderamento do Consumidor e Literacia Financeira.

Dada a preponderância do sector bancário no sistema financeiro nacional, a acção do BCSTP tem-se focado fundamentalmente neste sector, o qual tem registado alguns problemas ao longo dos anos, maioritariamente determinados por incumprimentos das regras e directivas estabelecidas pela autoridade supervisora para o exercício da actividade bancária.

Neste quadro, realça-se a adopção de várias medidas pelo BCSTP com o intuito de salvaguardar a estabilidade do sistema financeiro, assim como os interesses e a confiança dos depositantes, medidas que culminaram com (i) a fusão, em 2014, de dois bancos de pequena dimensão, na decorrência de uma injunção do BCSTP; (ii) a revogação, em 2016, da licença do banco detentor, à data, da segunda maior carteira de clientes do sistema, seguida do devido processo de declaração de falência e subsequente liquidação; e, (iii) em 2018, a revogação da licença de outro banco comercial, por incumprimentos sucessivos das regras e orientações do supervisor, mormente em matéria de governo societário e cumprimento dos rácios prudenciais. Mais recentemente e já no âmbito da Lei de Resolução, o BCSTP aplicou uma medida de saneamento – correspondente à designação de uma administração provisória – a um dos bancos com menor quota de mercado, a que se seguiu a aplicação de uma medida de resolução – *in casu*, a alienação parcial de actividade – que analisaremos melhor no capítulo V desta dissertação.

No que concerne aos outros sectores que compõem o sistema financeiro nacional, os mesmos registam níveis de desenvolvimento ainda incipientes⁹.

II. MEDIDAS ESPECIAIS DE PREVENÇÃO, SANEAMENTO, RESOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS – ANTECEDENTES DA SUA INSTITUIÇÃO

Até à adopção da Lei de Resolução, a actuação do BCSTP enquanto autoridade supervisora do sistema financeiro nacional regia-se pelas disposições da LIF e pelos normativos emitidos no quadro da prossecução das suas atribuições neste domínio, com particular destaque para a NAP (Norma de Aplicação Permanente¹⁰) n.º 03/2007, de 10 de Janeiro – Norma sobre Acção Supervisora e Aplicação de Penalidades.

A LIF define as regras para a constituição e o exercício da actividade das instituições financeiras, prevendo, no seu artigo 41.º, a sujeição destas instituições a inspecções do BCSTP e, no artigo 42.º, o regime de infracções e penalidades aplicáveis em caso de violação daquelas regras. De igual modo, o mesmo diploma regula, no seu capítulo IX – artigos 43.º a 52.º – a intervenção, determinada pelo BCSTP, que poderá culminar, caso não se logre regularizar a situação da instituição intervencionada, na revogação da licença e subsequente liquidação judicial da instituição em apreço.

⁹ Dados da Direcção de Supervisão Prudencial do BCSTP referente a 2020 revelam uma taxa de penetração dos seguros ainda bastante baixa (0,7%). De igual modo, a actividade cambial tem-se desenvolvido maioritariamente no sector informal.

¹⁰ Normativo emitido no âmbito do exercício do poder regulamentar do BCSTP, com base nas atribuições da LOBCSTP e da LIF.

A intervenção prevista na LIF pode ser determinada por decisão do Conselho de Administração do BCSTP em face de risco de insolvência da instituição financeira em dificuldades, passível de comprometer as aplicações e os depósitos dos seus clientes, tendo em vista a reposição da normalidade da situação¹¹.

Por seu turno, a NAP n.º 03/2007 estabelece os instrumentos de supervisão e o regime contra-ordenacional aplicáveis no âmbito do exercício dos poderes de supervisão do BCSTP, abrangendo todas as instituições financeiras autorizadas a operar no país. Neste quadro, consagra-se como instrumentos de supervisão as cartas de inspecção e os protocolos de acordo¹².

Como sanções aplicáveis em caso de prática de infracções, a mesma NAP prevê a advertência, as directivas, as multas e, por último, a cassação da licença, graduadas em função da gravidade da infracção praticada¹³.

Era este o quadro regente da actuação do BCSTP até 2015, quando chamado a lidar com instituições financeiras em dificuldades.

Ora, este quadro regulatório mostrou-se desadequado e insuficiente perante o agravamento da situação do banco detentor, em 2014/2015, da segunda maior carteira de depósitos do sistema, decorrente de profundos e recorrentes problemas de liquidez e de solvabilidade, bem como de sucessivos incumprimentos das regras e directrizes do BCSTP.

¹¹ Artigo 43.º da LIF.

¹² Artigo 3.º da NAP 03/2007.

¹³ Artigo 5.º da NAP 03/2007.

O contexto que então se gerou evidenciava a ineficácia das medidas ao dispor da autoridade supervisora para regularizar a situação, de modo a salvaguardar a estabilidade do sistema financeiro, bem como os interesses e a confiança dos depositantes. Com efeito, dada a gravosa situação de insolvência do banco em apreço e a sua posição no sistema bancário nacional, impunham-se ao BCSTP maiores cuidados na adopção de medidas, assim como a necessidade de maiores poderes e ferramentas mais assertivas para salvaguardar os interesses e a confiança dos depositantes, bem como a estabilidade do sistema financeiro nacional.

Quando, após várias tentativas infrutíferas, a recuperação do banco em referência se revelou inviável, o desfecho possível, à luz do quadro legal e regulamentar vigente, passou a ser única e necessariamente a revogação da licença e subsequente liquidação, através do correspondente processo judicial, consagrado na legislação comum. No entanto, dada a posição que o referido banco ocupava, tal medida teria que ser adequadamente ponderada e implementada de modo a salvaguardar os interesses e a confiança dos depositantes, quer na instituição quer no sistema financeiro como um todo, o regular funcionamento do sistema de compensação bancária e, de forma mais genérica, a estabilidade do sistema financeiro nacional.

A salvaguarda dos interesses e da confiança dos depositantes, do funcionamento do sistema de compensação bancária e da estabilidade do sistema financeiro nacional consubstanciam preocupações de superior interesse público¹⁴, requerendo por esta razão especial cuidado por parte da autoridade supervisora.

¹⁴ SILVA, Mariana Duarte, *Os novos regimes de intervenção e liquidação aplicáveis às instituições de crédito*, in *O Novo Direito Bancário* (coord. Paulo Câmara e Manuel Magalhães),

Impunha-se, assim, à semelhança do que vinha acontecendo a nível internacional, a necessidade de atribuição de novos e mais abrangentes poderes à autoridade pública competente para lidar com este tipo de situações, assegurando a plena e efectiva defesa do interesse público em presença, se necessário sobrepondo-o aos interesses privados também presentes.

III. A LEI N.º 6/2015, QUE ESTABELECE MEDIDAS ESPECIAIS DE PREVENÇÃO, SANEAMENTO, RESOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

A adopção do regime que estabelece as medidas especiais de saneamento, resolução e liquidação de instituições bancárias em São Tomé e Príncipe foi, conforme acima referido, primordialmente determinada pela necessidade urgente de lidar com os profundos problemas de liquidez e solvabilidade, assim como com sucessivos incumprimentos, pela administração do banco detentor, à data, da segunda maior carteira de clientes do sistema bancário nacional.

O novo regime legal, construído com a assistência técnica do FMI, veio consagrar poderes que, tendo como objectivo a salvaguarda da solidez financeira das instituições em crise, dos interesses e da confiança dos depositantes e da estabilidade do sistema financeiro, permitem à autoridade pública competente adoptar medidas mais contundentes para

Almedina, 2012, p. 379: “O papel central das instituições de crédito na sociedade confere, deste modo, um carácter de interesse público à preservação das funções bancárias, designadamente em caso de crise na instituição bancária. Importa, contudo, frisar que são as funções e não as instituições quem se reveste de interesse público. Estas podem falhar, desde que aquelas sejam preservadas.”

a regularização da situação daquelas instituições¹⁵ ou, no limite, para a sua liquidação célere e ordenada, ainda que tais medidas se afigurem contrárias à vontade e aos interesses dos accionistas da instituição em causa.

Aos tradicionais poderes da autoridade supervisora acrescentaram-se outros, mais amplos e intrusivos, justificados pela defesa do interesse público subjacente ao exercício da actividade bancária.

Na qualidade de autoridade de resolução, o BCSTP assume as principais atribuições definidas no *Key Attribute* (KA) 2.3. do Financial Stability Board (FSB), designadamente: (a) prosseguir a estabilidade financeira e assegurar a continuidade dos serviços financeiros de importância sistémica, assim como funções de pagamento, liquidação e compensação; (b) assegurar a protecção dos depositantes e demais titulares de interesses passíveis de protecção ao abrigo de mecanismos de garantia e protecção existentes; (c) evitar perdas desnecessárias de valor e procurar minimizar os custos totais da resolução, bem como perdas para os credores, na medida em que se coadune com outras das suas atribuições¹⁶. O regime de resolução instituído no ordenamento são-

¹⁵ ANTUNES, José Engrácia, *A Resolução Bancária*, Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Universidade do Minho, Tomo LXVI, Nº 345 – Setembro/Dezembro, 2017, p. 457.

Também ANTUNES, José Engrácia, *The Management of the Bank Crisis in Portugal – Law and Practice*, European Banking Institute (EBI) Working Paper Series, 2017 – nº 4, pp. 21-22.

Na mesma perspectiva, CROITORU, Oana, DOBLER, Marc and MOLIN, Johan, *Resolution Funding: Who Pays When Financial Institutions Fail*, Monetary and Capital Markets Department, International Monetary Fund, Technical Notes and Manuals, Junho de 2018 (p. 5) consideram que a resolução refere-se ao conjunto de poderes e ferramentas legalmente consagrados aplicáveis a instituições financeiras sistémicas em crise por uma autoridade pública de resolução com o objectivo de preservar a estabilidade financeira.

¹⁶ Financial Stability Board, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 2014, p. 6 – in <https://www.fsb.org/2014/10/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions-2/>.

Ainda sobre os *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* vide GORTSOS, Christos V., *The evolution of European (EU) Banking Law under the influence of*

tomense segue, pois, as linhas definidas internacionalmente visando, em última linha, salvaguardar a estabilidade financeira com o menor custo para o erário público.

Como refere Mariana Duarte Silva¹⁷, a salvaguarda da estabilidade financeira justifica que à regulação e supervisão da actividade bancária se juntem, num quadro de insolvência ou risco de insolvência de bancos, mecanismos especiais para promover a sua recuperação ou, perante esta impossibilidade, para estabilizar e controlar o impacto sistémico do colapso bancário.

Com efeito, a actividade bancária desempenha um papel essencial no desenvolvimento económico e no funcionamento da economia real, pelo que uma disrupção no seu funcionamento pode acarretar consequências muito nefastas para a economia, constituindo uma preocupação de interesse público a salvaguarda da estabilidade financeira¹⁸, por sinal uma das atribuições legais do BCSTP.

As medidas consagradas na Lei de Resolução são, na fase em que se procura recuperar a instituição em crise, de natureza preventiva, correctiva, de saneamento ou de resolução. Caso a recuperação não se revele possível ou viável, reserva-se à autoridade de resolução o poder de

(public) *International Banking Law: A comprehensive overview*, Second (fully updated) edition, 2019, p. 77.

¹⁷ SILVA, Mariana Duarte, ob. cit., p. 375.

¹⁸ ANTUNES, José Engrácia, *A Resolução Bancária*, p. 458: "(...) o regime legal das crises bancárias deve necessariamente acomodar o superior interesse público da salvaguarda da estabilidade do sistema financeiro, da preservação das funções bancárias críticas, e da confiança geral dos cidadãos, o que também explica a necessidade de conferir às autoridades administrativas de supervisão a primazia na definição das soluções mais conformes a tal interesse público em cada caso concreto, com vista a recuperar e estabilizar a instituição em crise ("going-concern") ou, quando tal não seja viável ou desejável, cessar a respectiva actividade ou liquidá-la de um modo ordenado, minimizando o impacto sistémico, salvaguardando a continuidade das funções vitais, e protegendo os depositantes e contribuintes ("gone concern")."

revogar a licença outorgada para o exercício da actividade, seguindo-se a competente liquidação da instituição em crise, que deverá ser célere e ordenada.

O regime legal assim consagrado na Lei de Resolução foi objecto de regulamentação específica pelo BCSTP, através de NAPs que definem, entre outros aspectos, os procedimentos e regras aplicáveis à Administração Especial Provisória e ao programa de Intervenção¹⁹, à constituição e funcionamento do banco de transição²⁰, as medidas correctivas²¹, a aplicação de medidas de resolução²² e os planos de recuperação, saneamento e resolução²³. Estas normas serão doravante invocadas apenas no que for relevante para a análise das questões que constituem o cerne da presente dissertação.

1. Disposições Gerais

A Lei de Resolução consagra um variado leque de medidas preventivas, correctivas, de saneamento e de resolução de instituições bancárias, com o objectivo de (i) salvaguardar a solidez financeira da instituição em crise, (ii) proteger os interesses dos depositantes e demais credores e (iii) salvaguardar a estabilidade do sistema financeiro nacional²⁴.

Este triplo objectivo deve, no regime consagrado, nortear o recurso às medidas nele previstas, denotando tratar-se de um regime especialmente reforçado, justificado por motivos de interesse público. Com efeito, o

¹⁹ NAP 11/2017, de 07/07/2017.

²⁰ NAP 12/2017, de 07/07/2017.

²¹ NAP 14/2017, de 07/07/2017.

²² NAP 15/2017, de 07/07/2017.

²³ NAP 15/2017, de 07/07/2017.

²⁴ Artigos 1.º e 3.º/1, ambos da Lei de Resolução.

regime não visa salvar a instituição financeira em crise, em prol dos interesses privados em presença (da instituição e dos seus accionistas), procurando acima de tudo preservar a solidez financeira da instituição, tendo em vista a defesa dos interesses dos depositantes e demais credores da mesma e, em última linha, a preservação da estabilidade de todo o sistema financeiro. A motivação subjacente à aplicação das medidas consagradas na Lei de Resolução é, pois, a continuidade da actividade financeira da instituição em crise, mas sobretudo do sistema como um todo, tendo em conta o papel que esta actividade desempenha na economia. Ora, assentando o funcionamento da actividade financeira essencialmente na confiança dos depositantes e demais investidores na mesma, é fundamental preservar tal confiança, evitando disrupções nesse funcionamento, ainda que para tal seja necessário agir contra os interesses privados da instituição e seus accionistas²⁵.

A Lei de Resolução consagra um leque de medidas no âmbito deste regime, cuja escolha e aplicação se regem pelos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade²⁶, à semelhança do que sucede em regimes congéneres, nomeadamente o português. Desta forma, a Lei de Resolução impõe que a adopção das medidas nela previstas tenha em consideração o risco ou o grau de incumprimento da instituição em crise, bem como a gravidade do impacto de tal incumprimento na solidez financeira da instituição, nos interesses dos depositantes e na estabilidade do sistema financeiro²⁷. Procura-se, assim, assegurar que a utilização das ferramentas legalmente previstas seja feita

²⁵ BABIS, Valia SG, *Bank Recovery and Resolution: What About Shareholder Rights?*, Paper nº 23/2012, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, Faculty of Law, September 2012, p. 6.

²⁶ Artigo 3.º/2, da Lei de Resolução.

²⁷ Idem.

de forma equilibrada, ou seja, em medida necessária, adequada e proporcional, tendo em conta os interesses público e privados presentes²⁸.

Neste contexto, a Lei de Resolução atribui competência ao BCSTP enquanto autoridade pública encarregue de prevenir, gerir e resolver crises bancárias, fazendo com que este acumule as funções de regulador e supervisor do sistema financeiro nacional com as de autoridade de resolução, à semelhança do que sucede em muitas outras realidades.

2. Medidas Preventivas e Correctivas

Na secção concernente às medidas preventivas e correctivas, a Lei de Resolução começa por estabelecer um dever de comunicação ao BCSTP, que impende sobre todos os membros dos órgãos de administração e de fiscalização de instituições bancárias, sempre que se apercebam que a instituição (i) se encontra impossibilitada de cumprir as suas obrigações ou em risco de ficar impossibilitada de o fazer ou (ii) incorreu ou pode vir a incorrer em práticas ilícitas ou em conduta passível de a colocar em situação de desequilíbrio financeiro²⁹. Esta comunicação deve ser feita com a maior brevidade possível e o mais tardar até dois dias úteis após o conhecimento da situação pelas pessoas sujeitas a este dever³⁰, sob pena de sanção nos termos previstos na LIF³¹. Esta previsão visa, a nosso ver, prevenir ou antecipar situações de desequilíbrio financeiro das instituições bancárias, evitando que as mesmas se agravem, colocando em causa a

²⁸ SCHELO, Sven, *Bank Recovery and Resolution*, International Banking and Finance Law Series, Volume 26, Kluwer Law International, 2015, p. 101.

²⁹ Artigo 4.º/1, da Lei de Resolução.

³⁰ Artigo 4.º/2 da Lei de Resolução.

³¹ Artigo 4.º/4 da Lei de Resolução.

solidez financeira da instituição, os interesses dos depositantes e demais credores e, em última *ratio*, a estabilidade do sistema financeiro.

No que respeita especificamente à prevenção de crises bancárias, a Lei de Resolução consagra o dever de os bancos apresentarem dois planos ao BCSTP, sendo um de recuperação e saneamento e outro de resolução³², aprovados pelo respectivo Conselho de Administração. Nos termos da Lei, o acesso ao conteúdo dos referidos planos deve ser reservado às pessoas envolvidas na sua elaboração e aprovação, não sendo sequer passível de ser divulgado a accionistas que actuem unicamente nesta qualidade³³. O BCSTP pode, de acordo com a Lei de Resolução, dispensar, em determinadas circunstâncias, designadamente em função da respectiva dimensão ou relevância, algum(ns) banco(s) do cumprimento deste dever³⁴.

O plano de recuperação e saneamento acima mencionado visa identificar as medidas implementadas e/ou susceptíveis de ser implementadas pela instituição bancária para sanar, em tempo, uma situação de desequilíbrio financeiro ou o risco da sua ocorrência³⁵. Uma vez mais, pretende-se prevenir ou antecipar a resolução de situações de desequilíbrio financeiro das instituições bancárias, evitando o seu agravamento, de modo a não comprometer a solidez financeira da instituição, os interesses dos depositantes e demais credores e, em última linha, a estabilidade do sistema financeiro.

³² Tal como estabelecido no KA 11.1 do FSB, ob. cit., p. 16.

³³ Artigo 5.º/1 e 3 da Lei de Resolução.

³⁴ Artigo 5.º/7 da Lei de Resolução, na linha do KA 11.1 do FSB, ob. cit., p. 16.

³⁵ Artigo 5.º/1, al. a) da Lei de Resolução, na linha do KA 11.5 do FSB, ob. cit., p. 16-17.

Já o plano de resolução procura fornecer informações relevantes para permitir ao BCSTP, caso tal se afigure adequado e necessário, efectuar uma resolução ordenada da instituição em crise³⁶, com vista à recuperação da sua solidez financeira e à defesa dos interesses dos depositantes e demais credores, bem como à salvaguarda da estabilidade do sistema financeiro.

O plano de resolução vindo de referir corresponde aos denominados “living wills”, originariamente instituídos nos EUA. Estes planos, na perspectiva de alguns autores, apresentam uma dupla mais-valia: por um lado, levam as instituições a simplificar as respectivas estruturas legais e operacionais e, por outro, fornecem um esquema a seguir em caso de resolução da instituição³⁷.

No que concerne a medidas correctivas, a Lei de Resolução consagra um leque passível de ser adoptado pelo BCSTP, a par da aplicação de sanções apropriadas e da emissão de instruções ou directivas específicas para a situação em concreto. Estas medidas passam, entre outras, por (i) exigir a reposição dos níveis de liquidez em valores considerados apropriados à situação; (ii) exigir a observância de níveis de capital acima do mínimo legal; (iii) exigir a adopção de políticas de constituição de provisões ou tratamento de activos para cumprimento de requisitos de capital; (iv) exigir o reforço das regras, mecanismos e processos de governo societário, controlo interno e autoavaliação de riscos; (v) restringir ou limitar negócios, operações ou a rede das instituições bancárias; (vi) reduzir os riscos inerentes às actividades, produtos e sistemas das

³⁶ Artigo 5.º/1, al. b) da Lei de Resolução, na linha do KA 11.6 do FSB, ob. cit., p. 17.

³⁷ PHILIPPON, Thomas, SALORD, Aude, *Bail-ins and Bank Resolution in Europe – A Progress Report*, Geneva Reports on the World Economy Special Report 4, ICMB, 2017, p. 48.

instituições bancárias; (vii) exigir a limitação das remunerações variáveis sob a forma de percentagem de lucros líquidos, quando incompatível com a manutenção de uma base de capitais sólidos; (viii) exigir a aplicação de lucros líquidos para reforço do capital de base; (ix) subordinar a realização de determinadas transacções ou actividades à aprovação prévia do BCSTP; (x) exigir que o activo total médio durante um trimestre não ultrapasse o activo total médio do trimestre anterior ou exigir a diversificação ou alienação de determinados elementos do activo; (xi) impedir a aquisição de participações, abertura ou aquisição de sucursais ou agências ou o início de uma nova linha de negócios; (xii) impedir que as taxas de juro remuneratórias ultrapassem exorbitantemente as taxas de mercado comparáveis no país; (xiii) impor a demissão de um ou mais administradores; (xiv) exigir que a instituição bancária proceda a investimentos nas subsidiárias ou à liquidação de filiais; (xv) restringir a remuneração dos administradores; (xvi) restringir a distribuição de dividendos ou activos sociais; (xvii) suspender o direito de voto do(s) accionista(s) maioritário(s), em caso de incumprimento de instruções e directivas prévias, até que se verifique o seu cumprimento³⁸. Estas medidas visam, como o próprio nome indica, corrigir a situação de crise, evitando que a instituição bancária em causa fique em desequilíbrio financeiro, promovendo ao mesmo tempo a recuperação da sua solidez financeira e a preservação dos interesses dos depositantes e demais credores, assim como a estabilidade do sistema financeiro. As medidas assim definidas correspondem à denominada intervenção precoce (*early intervention*), reportando-se a situações de incumprimento ou risco de

³⁸ Artigo 6.º/2 da Lei de Resolução.

incumprimento de requisitos de operação, obviando-se ao seu agravamento e procurando garantir a possibilidade de recuperação³⁹.

3. Providências de Saneamento

A secção seguinte da Lei de Resolução é consagrada a providências de saneamento, prevendo as situações em que é possível recorrer a medidas desta natureza e o leque de opções disponíveis.

Desta feita, prevê-se a possibilidade de recurso a medidas de saneamento em caso de (i) situação de desequilíbrio financeiro, traduzido, designadamente, na redução dos fundos próprios a um nível inferior ao mínimo legal ou na inobservância dos rácios de solvabilidade ou de liquidez; (ii) adopção de práticas ilícitas ou ilegais ou inobservância de directivas emitidas pelo BCSTP ou recurso recorrente a facilidades de liquidez; (iii) situações de inegável gravidade decorrente de violação da lei ou qualquer acto de natureza grave ou incumprimento contratual que resulte de uma sociedade desajustada e imprópria, comprometendo o desenvolvimento normal das actividades da instituição⁴⁰. Estas medidas visam, assim e principalmente, a recuperação da instituição em crise, preservando a continuidade da sua actividade, em prol dos interesses dos depositantes e demais credores e da estabilidade do sistema financeiro.

Quanto ao leque de medidas de saneamento, a Lei de Resolução consagra, dentre outras, as seguintes opções: (i) apresentação de um plano de recuperação e saneamento pela instituição, caso ainda não tenha

³⁹ FERREIRA, Eduardo Paz, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Fundamentos da resolução bancária: a propósito do caso BES e da legitimidade da deliberação de resolução aplicada*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IX (2017), 2, Instituto de Direito Privado, Almedina, p. 275.

⁴⁰ Artigo 7.º/1 da Lei de Resolução.

ocorrido; (ii) restrições ao exercício de determinados tipos de actividade; (iii) restrições à concessão de crédito e à aplicação de fundos em determinadas espécies de activos, particularmente no respeitante a operações com pessoas consideradas ligadas; (iv) restrições à recepção de depósitos, em função das respectivas modalidades e da remuneração; (v) imposição da obrigação de constituição de provisões especiais; (vi) proibição ou limitação de distribuição de dividendos; (vii) sujeição de determinadas operações ou actos a aprovação prévia do BCSTP; (viii) nomeação de uma Comissão de Fiscalização; (ix) nomeação de Administradores Provisórios⁴¹.

A aplicação de medidas de saneamento consubstancia, como nota Mariana Duarte Silva⁴², uma fase de intervenção mais intensa que a aplicação de medidas preventivas e correctivas, em face do estado de deterioração da situação da instituição em crise, ao ponto de a nomeação da administração provisória causar os mesmos efeitos que a aplicação de medidas de resolução nas execuções – suspensivos – e nos prazos de prescrição e caducidade oponíveis pela instituição em crise – interruptivos –, efeitos que visam proteger o seu património e os interesses dos seus credores.

Ainda nas palavras desta autora, a Administração Provisória corresponde a um nível mais intenso e mais visível de intervenção pública do que a intervenção correctiva, sendo aplicável a situações susceptíveis de colocar em risco sério o equilíbrio financeiro ou a solvabilidade da instituição em crise, ou de constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema

⁴¹ Artigo 7.º/3 da Lei de Resolução.

⁴² SILVA, Mariana Duarte, ob. cit., p. 414.

financeiro⁴³. Segundo a autora, a designação de administradores provisórios tem efeito suspensivo sobre as execuções em curso, impedindo a instauração de novas execuções ou acções. De igual modo, a adopção desta medida tem por efeito a interrupção dos prazos de prescrição ou caducidade oponíveis pela instituição em crise, ficando ainda vedada a extinção, exigibilidade antecipada ou modificação de direitos ou obrigações de terceiros unicamente devido à adopção da medida⁴⁴. Procura-se com este regime não agravar a situação da instituição em crise, tendo em vista a sua recuperação, dado o superior interesse público de que se reveste e que justifica a sua prevalência em relação a quaisquer outros interesses.

Neste contexto, não se compreende a razão de ser da primeira medida de saneamento elencada na Lei de Resolução. Com efeito, a apresentação de um plano de recuperação e saneamento pela instituição em crise por si só não consubstancia, de todo, uma intervenção para saneamento da instituição, não sendo reconduzível a uma fase que se caracteriza como sendo de actuação mais intensa da autoridade de resolução. A apresentação de tal plano parece enquadrar-se melhor na fase anterior, ou seja, no âmbito das medidas preventivas, esperando-se que na fase de saneamento o mesmo possa ser efectivamente aplicado para o saneamento da instituição em crise.

A Lei de Resolução estabelece, ainda no quadro das medidas de saneamento, a possibilidade de, conjuntamente com a nomeação de administradores provisórios, adopção de outras providências como (i) dispensa temporária de observância de normas sobre controlo prudencial

⁴³ SILVA, Mariana Duarte, ob. cit., p. 405.

⁴⁴ Artigo 11.º/5 da Lei de Resolução.

ou de política monetária; (ii) dispensa temporária do cumprimento pontual de obrigações anteriormente assumidas; (iii) encerramento temporário de balcões e outras instalações em que tenham lugar transacções com o público; (iv) requerimento para realização de auditoria externa a expensas da instituição em crise; (v) requerimento para redução parcial do capital social da instituição com o objectivo de absorção das perdas acumuladas e determinação do aumento do capital mediante o cancelamento de acções existentes e emissão de novas⁴⁵. A Lei faz assim jus ao entendimento doutrinário segundo o qual a fase de saneamento corresponde a um nível de intervenção ainda mais intenso que a intervenção correctiva, justificado pelo estado de deterioração da situação financeira da instituição em crise, comprometendo significativamente o seu equilíbrio financeiro ou consubstanciando forte ameaça para os interesses dos depositantes e demais credores e para a estabilidade do sistema financeiro⁴⁶.

4. Medidas de Resolução

Tendo em conta que a resolução constitui o cerne desta dissertação, remetemos a sua análise para o próximo capítulo.

5. Falência e Liquidação

Além da consagração das medidas preventivas, correctivas, de saneamento e de resolução, a Lei de Resolução define um regime especial

⁴⁵ Artigo 11.º/1 da Lei de Resolução.

⁴⁶ SILVA, Mariana Duarte, ob. cit., p. 405.

de falência e liquidação de instituições bancárias, privilegiando a via extrajudicial para a respectiva liquidação⁴⁷.

O regime previsto consagra, a par da liquidação extrajudicial potestativa, a possibilidade de dissolução voluntária das instituições bancárias, estabelecendo o dever de comunicação ao BCSTP, pela instituição interessada, de qualquer projecto de dissolução, com a antecedência mínima de noventa dias face à data da sua efectivação⁴⁸.

No que respeita à liquidação propriamente dita, a Lei de Resolução estabelece o dever que impende sobre o BCSTP, em caso de insolvência ou existência de motivos para que a instituição bancária se torne insolvente dentro dos noventa dias seguintes, de revogar a autorização para funcionamento, tomar posse e controlo da instituição, decretando a sua liquidação extrajudicial e nomeando um liquidatário para o efeito⁴⁹.

Neste contexto, a Lei estabelece que se deve considerar um banco insolvente nas seguintes circunstâncias: (i) incumprimento das suas obrigações na data do respectivo vencimento; (ii) o valor das suas responsabilidades exceder o dos seus activos; ou (iii) o valor dos fundos próprios qualificados ser inferior a metade do valor mínimo dos fundos próprios qualificados regularmente exigidos⁵⁰.

O princípio subjacente a tais regras é de que a liquidação deve ser determinada quando se verifique que a instituição em crise não reúne os

⁴⁷ Capítulo III da Lei de Resolução.

⁴⁸ Artigo 23.º/1 da Lei de Resolução.

⁴⁹ Artigo 24.º/1 da Lei de Resolução.

⁵⁰ Artigo 24.º/2 da Lei de Resolução.

requisitos para manter a autorização para o exercício da actividade bancária, sendo a sua recuperação objectivamente inviável.

Neste âmbito, importa referir que a adopção de medidas de resolução apenas se justifica quando e se esta for determinada por motivos de interesse público e se afigurar menos onerosa do que a liquidação⁵¹. Pode-se assim depreender que a adopção de medidas de resolução pressupõe uma avaliação ponderada, pela autoridade de resolução, dos interesses em presença, optando-se pela mesma quando, do ponto de vista da prossecução do interesse público, se mostrar menos onerosa que a liquidação. Ou seja, o desfecho linear para uma instituição em crise será a liquidação; contudo, a autoridade de resolução poderá optar pela aplicação de medidas de resolução quando tal se justificar por motivos de interesse público⁵² e desde que esta se revele menos onerosa que a liquidação, sendo certo que as hipóteses de recuperação de uma instituição sob resolução dependem grandemente das medidas aplicadas, da sua viabilidade, financiamento e tempestividade⁵³.

Importa, porém, notar que a opção pela aplicação de medidas de resolução face à liquidação não se deve circunscrever a um juízo de valor meramente económico, porquanto em determinadas circunstâncias o interesse público prevalecente poderá justificar a adopção de tais

⁵¹ ROCIO, Joana, *A Medida de Resolução no Caso BES – Uma análise do mecanismo de resolução aplicado ao Banco Espírito Santo*, Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa), tese de Mestrado em Direito Empresarial, ano lectivo 2014/2015, p. 37: “Neste sentido, importa reforçar a ideia já dada de que, apesar de todas as vantagens da resolução, na medida em que possibilitam uma reorganização ordeira das IC em situação à beira da insolvência, de forma menos danosa para o erário público, sistema financeiro e contribuintes, só se deve recorrer a medidas de resolução quando estas se revelarem menos danosas do que um normal processo de liquidação, isto é, quando o interesse público assim o exigir.”

⁵² No contexto da União Europeia, vide GORTSOS, Christos V., ob. cit., p. 224.

⁵³ CROITORU, Oana et al, ob. cit., p. 8.

medidas, ainda que esta não corresponda à opção financeiramente menos onerosa.

Trata-se, acima de tudo, de salvaguardar o contágio sistémico, a estabilidade do sistema financeiro e, em última *ratio*, os contribuintes. Como bem referem Paz Ferreira e Oliveira⁵⁴, o recurso a medidas de resolução apenas se justifica quando os riscos para a estabilidade financeira impedirem a opção pela liquidação. Será assim, nomeadamente, quando, num contexto de sucessivas crises bancárias, a necessidade de prevenção de uma corrida aos depósitos e de salvaguarda da confiança dos depositantes no sistema financeiro como um todo leva a autoridade de resolução a adoptar as medidas que considere necessárias para tentar resgatar a instituição em crise e evitar a sua liquidação. É certo que, nestes casos, a resolução poderá não ter sucesso, desembocando na liquidação da instituição; no entanto, a autoridade de resolução tem a possibilidade de, legitimamente, lançar mão deste regime para tentar recuperar a instituição, proteger os interesses dos depositantes e demais credores e, em última linha, preservar a estabilidade do sistema financeiro.

Tal como acima referido, a Lei de Resolução estabelece o regime da liquidação extrajudicial potestativa, que se reconduz a uma liquidação administrativa de instituições bancárias⁵⁵, como alternativa mais célere e expedita que a liquidação judicial.

Esta solução, que na nossa perspectiva se justifica primordialmente pela preocupação de evitar o recurso à via judicial para a liquidação de

⁵⁴ FERREIRA, Eduardo Paz, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, ob. cit., p. 275

⁵⁵ BAUDINO, Patrizia, GAGLIANO, Antonella, RULLI, Edoardo, WALTERS, Ruth, *How to manage failures of non-systemic banks? A review of country practices*, FSI Insights on policy implementation, N° 10, Bank for International Settlements, October 2018, p. 9

instituições bancárias⁵⁶, distingue-se da opção feita noutras jurisdições, nomeadamente a portuguesa, de consagração de um regime administrativo pré-judicial⁵⁷, a par do judicial, conjugando as vantagens de ambos⁵⁸.

No quadro da liquidação extrajudicial potestativa prevista na Lei de Resolução deve ser feita uma alusão especial às regras de reembolso dos credores e, em particular, à protecção dos pequenos depositantes. Assim, o regime estabelece que, aquando da liquidação dos activos e reembolso de credores, os créditos garantidos devem ser pagos à medida que a respectiva garantia for realizada ou entregue ao credor garantido⁵⁹. Em relação aos demais, dita o regime que, em primeiro lugar, são pagas as despesas da liquidação e administração; seguidamente os salários de empregados relativos aos seis meses anteriores à nomeação do liquidatário, com excepção dos responsáveis pela administração e gestão da instituição; montantes devidos aos pequenos depositantes; créditos derivados de fundos concedidos pelo BCSTP, Fundo Geral de Garantia, Governo ou outra entidade pública, no âmbito da Lei de Resolução; créditos fiscais do Estado e Autarquias Locais; outros créditos laborais, com excepção dos responsáveis pela administração e gestão; montantes devidos a outros depositantes; créditos não garantidos; e, por último,

⁵⁶ Sobretudo determinada pelas características e limitações da liquidação judicial, conforme analisado em maior detalhe na secção 3 do capítulo V desta dissertação.

⁵⁷ MONTEIRO, Nuno Líbano, *As medidas legais de salvaguarda da solidez das Instituições Financeiras, dos interesses dos depositantes e da estabilidade do sistema*, II Congresso de Direito da Insolvência (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2014, p. 136.

⁵⁸ SILVA, Mariana Duarte, ob. cit., p. 429: “Ao articular o regime de liquidação judicial com o procedimento urgente pré-judicial, de natureza administrativa, o legislador almejou um equilíbrio entre, por um lado, um sistema de liquidação puramente administrativa, mais adequado a garantir a ordem e celeridade do processo e mais apto a suprir as especiais dificuldades técnicas que possam surgir, estando em causa instituições de crédito, e, por outro, um sistema puramente judicial, mais garantístico dos credores, do ponto de vista da sua intervenção no processo e do escrutínio das decisões das autoridades administrativas.”

⁵⁹ Artigo 29.º/1 da Lei de Resolução.

accionistas do banco⁶⁰. Estas regras, além de reproduzirem, no geral, os princípios orientadores do regime de liquidação judicial, asseguram uma protecção especial aos pequenos depositantes⁶¹, justificada pela salvaguarda dos seus interesses e confiança⁶², bem como pela preservação da estabilidade do sistema financeiro, enquanto objectivos centrais do novo regime.

Com efeito, quando falamos da falência/ insolvência de bancos, ao objectivo de maximização do valor dos activos da instituição insolvente para satisfação dos credores, central no regime comum de insolvência, acresce o da protecção dos depositantes⁶³, mormente os pequenos, no caso de São Tomé e Príncipe. Trata-se da manifestação da denominada “preferência do depositante”, consagrada nos Princípios Fundamentais da IADI⁶⁴, nos termos da qual as responsabilidades decorrentes de depósitos gozam de prioridade face a outros créditos gerais, devendo ser pagas antes dos demais credores da instituição insolvente.

Nos termos da Lei de Resolução, pequenos depositantes correspondem às pessoas singulares permanentemente residentes no país e detentoras de contas de depósito, independentemente do tipo e da moeda do depósito⁶⁵. O montante protegido deve ser determinado por regulamento do BCSTP e revisto em função do desenvolvimento económico e das

⁶⁰ Artigo 29.º/2 da Lei de Resolução.

⁶¹ Nas palavras de BARBOSA, Mafalda Miranda, *A propósito do caso BES: algumas notas acerca da medida de resolução*, Boletim de Ciências Económicas, Volume LVIII, 2015, Coimbra, p. 221, trata-se de “créditos que, na hierarquia de preferências estabelecida por lei, se situam numa posição cimeira relativamente a outros créditos”.

Também BAUDINO, Patrizia et al, ob. cit., p. 8.

⁶² BARBOSA, Mafalda Miranda, ob. cit., p. 225.

⁶³ BAUDINO, Patrizia et al, ob. cit., p. 8.

⁶⁴ International Association of Deposit Insurers (2014), *IADI Core Principles for Effective Deposit Insurance*, p. 8 – in <https://www.iadi.org/en/core-principles-and-research/core-principles/>.

Ainda sobre os Princípios Fundamentais da IADI, vide GORTSOS, Christos V., pp. 75-76.

⁶⁵ Artigo 30º/1 e 2 da Lei de Resolução.

condições predominantes do sistema financeiro⁶⁶. A Lei prevê ainda que, caso um pequeno depositante seja titular de vários depósitos, deve ser considerado o valor agregado de tais depósitos⁶⁷ e que, em caso de contas conjuntas detidas por pequenos depositantes, o montante garantido é determinado individualmente e incluído no valor agregado dos depósitos dos respectivos titulares⁶⁸. Estas regras procuram responder à preocupação de salvaguarda dos interesses e da confiança dos depositantes e da estabilidade do sistema financeiro.

Ainda no quadro do regime de liquidação extrajudicial sob análise, merece especial referência o leque de poderes e deveres consagrados ao liquidatário nomeado pelo BCSTP. A Lei de Resolução confere ao liquidatário os poderes dos administradores e accionistas do banco cuja licença foi revogada e, bem assim, quando necessário, os poderes conferidos aos administradores provisórios e/ou administradores oficiais para resolução⁶⁹. De igual modo, atribui ao liquidatário a possibilidade de, apesar da revogação da licença e sujeito ao estabelecido regulamentarmente e à autorização do BCSTP, operar a instituição com o seu próprio nome e adoptar as providências necessárias para a venda da mesma ou dos seus activos, conquanto que tal permita maior satisfação das responsabilidades perante os depositantes e outros credores no prazo de seis meses subsequentes à liquidação extrajudicial⁷⁰. A consagração legal de tais poderes ao liquidatário visa, assim, assegurar o reembolso, primeiro dos depositantes e depois dos demais credores da instituição em liquidação, garantindo que, neste contexto, em que o liquidatário não tem

⁶⁶ Artigo 30.º/3 da Lei de Resolução.

⁶⁷ Artigo 30.º/4 da Lei de Resolução.

⁶⁸ Artigo 30.º/5 da Lei de Resolução.

⁶⁹ Artigo 26.º/1 da Lei de Resolução.

⁷⁰ Artigo 26.º/2 da Lei de Resolução.

o respaldo do regime judicial, este detenha os poderes necessários para dispor de e proteger os bens da instituição em liquidação e, inclusivamente, opor-se aos interesses e pretensões contrários dos accionistas e antigos administradores desta. De outra forma, após a revogação da licença e iniciado o processo extrajudicial, o liquidatário teria dificuldades em legitimar a sua actuação e, sobretudo, adoptar medidas que se contraponem aos direitos dos accionistas da instituição em liquidação. Especificando os poderes conferidos ao liquidatário no regime extrajudicial, a Lei de Resolução confere-lhe os seguintes: (i) executar as ordens de pagamento que tenham sido inseridas num determinado sistema de compensação e liquidação anteriormente ao início da liquidação; (ii) dar continuidade às operações da instituição em liquidação que não envolvam a aceitação de depósitos nem a concessão de créditos a novos clientes; (iii) suspender a prática de qualquer operação; (iv) contrair empréstimos sem garantia ou, quando impossível, com garantia de activos da instituição em liquidação; (v) sustar ou restringir o pagamento de obrigações; (vi) contratar ou demitir administradores, funcionários ou consultores; e (vii) propor a execução de direitos a favor da instituição em liquidação e iniciar, responder ou conduzir qualquer acção ou processo judicial em nome desta⁷¹.

Finalmente, importa notar que o regime em análise exclui a possibilidade de liquidação extrajudicial em caso de existência de indícios de falência dolosa ou de os activos não serem suficientes para cobrir, pelo menos, metade do valor dos créditos quirografários⁷². Procura-se assim permitir, como regra, a liquidação extrajudicial, afastando-se essa possibilidade apenas quando se revele necessária a composição judicial dos interesses

⁷¹ Artigo 26.º/4 da Lei de Resolução.

⁷² Artigo 32.º da Lei de Resolução.

em presença, seja devido à prática de actos dolosos seja por insuficiência de activos para satisfazer os credores quirografários.

Esta solução reveste-se de particular relevância quando, no ordenamento jurídico são-tomense, o regime de liquidação de instituições bancárias vigente ainda é o que foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 30:689, publicado a 6 de Dezembro de 1946, herança do regime colonial, sendo o mesmo que vigorou em Portugal até 2006⁷³, e, como explicitado em diversas partes desta dissertação, o regime comum de falência/ insolvência se apresenta desadequado ao contexto bancário.

6. Financiamento

Já nas suas disposições finais, fugindo de certa forma ao princípio internacionalmente consagrado de que a resolução de instituições financeiras não deve assentar em financiamento público⁷⁴, a Lei de Resolução consagra a possibilidade de injeção de recursos públicos para financiamento da aplicação de medidas de saneamento ou de resolução, podendo tais recursos provir do Fundo Geral de Garantia (FGG), do Governo ou de qualquer outra entidade pública designada para o efeito⁷⁵.

A Lei de Resolução estabelece ainda a possibilidade de prestação de assistência financeira temporária pelo BCSTP⁷⁶, em circunstâncias excepcionais, para apoio à aplicação de medidas relacionadas com instituições sob administração provisória ou sob resolução, conquanto que

⁷³ FERREIRA, Eduardo Paz, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, ob. cit., p. 269.

⁷⁴ KA 6.1 do Financial Stability Board, ob. cit., p. 12.

Também CROITORU, Oana et al, ob. cit., p. 6.

⁷⁵ Artigo 33.º/1 da Lei de Resolução.

⁷⁶ Artigo 33.º/2 da Lei de Resolução, na linha do KA 6.2 e do KA 6.4 do Financial Stability Board, ob. cit., p. 12.

(i) tal assistência atenda aos interesses públicos e se mostre essencial para a prossecução das finalidades das medidas de resolução; (ii) o crédito seja justificado pela indisponibilidade do uso de recursos públicos e privados, devendo durar até à cessação de tal indisponibilidade ou inconveniência; (iii) o crédito seja aprovado pelo Conselho de Administração do BCSTP; (iv) o vencimento do crédito não seja superior a doze meses, prorrogável por uma vez e por igual período; e (v) o crédito seja garantido por activos previstos na LOBCSTP ou aprovados pelo Conselho de Administração do BCSTP⁷⁷.

De notar que os recursos disponibilizados pelo BCSTP, FGG, Governo ou outra entidade pública, para financiamento de um processo de saneamento ou resolução, gozam de preferência especial na graduação dos créditos em sede de liquidação⁷⁸.

À luz da Lei de Resolução, o BCSTP não é chamado, em primeira mão, a financiar a aplicação de medidas de saneamento ou de resolução, sendo a autoridade responsável pela dita aplicação. O financiamento que o BCSTP poderá conceder, a título excepcional, reconduz-se a assistência financeira temporária e de último recurso, destinada a apoiar a aplicação da (medida de saneamento) administração provisória ou de medidas de resolução, preenchidos os requisitos fixados para o efeito, nomeadamente a apresentação de garantia idónea⁷⁹.

Assinala-se nesta previsão a preocupação, assumida pela doutrina e nos vários regimes instituídos a nível global, de evitar, ou pelo menos reduzir,

⁷⁷ Artigo 33.º/2 da Lei de Resolução.

⁷⁸ Artigo 33.º/3 da Lei de Resolução, de certa forma na linha do KA 6.2 do Financial Stability Board, ob. cit., p. 12.

⁷⁹ CROITORU, Oana et al, ob. cit., p. 8.

o denominado risco moral – *moral hazard* – decorrente da perspectiva de que, em caso de necessidade de recuperação de instituições em crise, o Estado assumirá os custos desta recuperação⁸⁰. O princípio que deve, pois, nortear qualquer regime de resolução bancária é de que a recuperação da instituição em crise deve ser financiada pelos seus accionistas e, residualmente, pelos credores não garantidos⁸¹ e pela indústria financeira como um todo mediante o estabelecimento de mecanismos adequados para o efeito.

Não obstante, não se pode descurar que, no contexto específico de São Tomé e Príncipe, caracterizado pela exiguidade do mercado e escassez de recursos financeiros, públicos e privados, tal restrição – se tomada em termos absolutos – de opções de financiamento poderia comprometer a prossecução dos objectivos preconizados com a instituição do regime de saneamento e resolução de instituições bancárias. Ou seja, tendo em conta o mercado nacional, a injeção de recursos financeiros públicos para viabilizar a aplicação de medidas de saneamento ou de resolução pode ser crucial para a recuperação da instituição em crise e, conseqüentemente, para a prossecução do triplo objectivo que norteia a aplicação de tais medidas, designadamente de salvaguardar a solidez financeira da instituição em crise, proteger os interesses dos depositantes

⁸⁰ HU, Chen Chen, *The Regulation and Supervision of Banks – The Post Crisis Regulatory Responses of the EU*, Routledge Research in Finance and Banking Law, Routledge, 2018, pp. 192 e 197.

Também GAROUPA, Nuno, *As Dimensões Esquecidas das Medidas de Resolução Bancária / The Forgotten Aspects of Bank Resolution Mechanisms*, E-Pública – Revista Electrónica de Direito Público, Vol. 3, Nº 7, 2016, p. 4.

Sobre risco moral, vide *Supervisory guidelines for identifying and dealing with weak banks*, Basel Committee on Banking Supervision, 2014, p. 7, disponível em <https://www.bis.org/publ/bcbs285.pdf>.

⁸¹ MACHADO, Pedro, *Bail-In as New Paradigm for Bank Resolution: Discretion and the Duty of Care / O Bail-In enquanto Novo Paradigma para a Resolução Bancária: Discricionariedade e Dever de Cuidado*, E-Pública – Revista Electrónica de Direito Público, Vol. 3, Nº 7, 2016, p. 30.

e demais credores e salvaguardar a estabilidade do sistema financeiro nacional.

Pelos motivos vindos de referir, de acordo com o KA 6.3 do FSB é imperioso o estabelecimento de fundos de garantia de depósitos ou fundos de resolução, financiados por recursos privados, ou ainda um mecanismo de financiamento com previsão de recuperação subsequente junto da indústria dos custos de disponibilização de financiamento temporário para facilitar a resolução de bancos⁸². No fundo, está em causa fazer recair sobre os reais responsáveis pela situação o ónus final da resolução de instituições em crise, isentando os contribuintes de tal responsabilidade. Trata-se, como bem notam Paz Ferreira e Oliveira⁸³, de internalizar os custos da falência do banco, fazendo-os recair sobre aqueles que, num cenário de insolvência, sofreriam as perdas.

Na mesma linha, o KA 6.5 do FSB, ao consagrar a possibilidade de nacionalização, ainda que temporária, de instituições em crise, com o objectivo de preservar a estabilidade financeira, estabelece a recuperabilidade dos custos incorridos pelo Estado face aos credores não garantidos e, se necessário, ao sistema financeiro como um todo⁸⁴.

Neste contexto, como refere Mayes⁸⁵, é fundamental separar a responsabilidade de administração da insolvência da de gestão de fundos públicos, mesmo que ambas assentem no Banco Central. Segundo este autor, a função de prestamista de última instância deve ser afastada da

⁸² FSB, ob. cit, p. 12.

⁸³ FERREIRA, Eduardo Paz, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, ob. cit., p. 270.

⁸⁴ FSB, ob. cit, p. 12.

⁸⁵ MAYES, David G., *Who pays for bank insolvency*, Journal of International Money and Finance, Elsevier, 2004, p. 526.

responsabilidade de encerramento de bancos, uma vez que a primeira facilitará o avanço do sector público face aos reclamantes prioritários numa instituição insolvente.

IV. O REGIME DE RESOLUÇÃO BANCÁRIA

Na formulação do regime de resolução propriamente dita, a Lei de Resolução começa por estabelecer as finalidades prosseguidas pela sua aplicação, designadamente (i) assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais, (ii) acautelar o risco sistémico e preservar a estabilidade financeira, (iii) salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e (iv) salvaguardar a confiança dos depositantes.

Trata-se, uma vez mais nas palavras de Mariana Duarte Silva, de “garantir que a instituição de crédito, cuja insolvência se materializou ou está em risco de se materializar, possa ser reorganizada sem um contágio sistémico significativo e sem expor os contribuintes a perdas, salvaguardando-se, ao mesmo tempo, as funções económicas bancárias vitais, através de mecanismos que tornem possível a absorção das perdas pelos accionistas e credores não garantidos, numa maneira que respeite a hierarquia dos credores em sede de liquidação”⁸⁶.

⁸⁶ SILVA, Mariana Duarte, ob. cit., p. 386.

As finalidades definidas na Lei de Resolução são, pois, as mesmas que norteiam a aplicação de medidas de resolução a nível internacional⁸⁷, consentaneamente reconhecidas pela doutrina⁸⁸.

Deste modo, o regime consagrado na Lei de Resolução procura atender às principais exigências de um regime de resolução eficaz, nos termos definidos pelo FSB, designadamente assegurar a resolução das instituições em crise sem causar disrupções sistémicas e sem expor os contribuintes a perdas, salvaguardando ao mesmo tempo as funções económicas essenciais através de mecanismos que permitam a absorção de prejuízos pelos accionistas e pelos credores garantidos e não garantidos, com respeito pela hierarquia de créditos aplicável em sede de liquidação⁸⁹.

Como reconhece John Armour⁹⁰, o objectivo geral da resolução é evitar as externalidades negativas da insolvência de um banco no sistema financeiro em geral, atingindo investidores, contribuintes e a economia real

⁸⁷ Financial Stability Board, ob. cit., p. 1.

No contexto particular da União Europeia, vide GORTSOS, Christos V., ob. cit., p. 211.

⁸⁸ GARDELLA, Anna, *BAIL-IN AND THE TWO DIMENSIONS OF BURDEN-SHARING*, in ECB Legal Conference 2015, European Central Bank, 2015, p. 206.

Também MARTINS, Alexandre Soveral, *Medidas de resolução das instituições de crédito: a transferência da actividade para um banco de transição*, II Congresso de Direito Bancário (Coord. L. Miguel Pestana de Vasconcelos), Almedina, 2017, pp. 46 ss.

Igualmente GONÇALVES, Maria do Rosário de Carvalho Lira Ferreira Soares, *A Resolução Bancária e o Saneamento das Instituições de Crédito. Uma Mudança de Paradigma*, Tese de Mestrado em Direito das Empresas, ISCTE – IUL, 2015, p. 85.

GARDELLA, Anna, *BAIL-IN AND THE TWO DIMENSIONS OF BURDEN-SHARING*, in ECB Legal Conference 2015, European Central Bank, 2015, p. 206.

Também MARTINS, Alexandre Soveral, *Medidas de resolução das instituições de crédito: a transferência da actividade para um banco de transição*, II Congresso de Direito Bancário (Coord. L. Miguel Pestana de Vasconcelos), Almedina, 2017, pp. 46 ss.

Igualmente GONÇALVES, Maria do Rosário de Carvalho Lira Ferreira Soares, ob. cit., p. 85.

⁸⁹ Financial Stability Board, ob. cit., p. 3.

⁹⁰ ARMOUR, John, *Making Bank Resolution Credible*, ECGI Working Paper Series in Law, Nº 244/2014, University of Oxford and ECGI, February 2014, pp. 1-4.

considerando assim os efeitos sistémicos de tal insolvência. Os aspectos evidenciados nesta lógica são, assim, a insolvência e o risco sistémico.

Na perspectiva deste autor, que corroboramos em face da experiência vivenciada no ordenamento são-tomense, o risco sistémico não deve ser considerado pela dimensão ou complexidade da instituição em si, mas pelo impacto causado no sistema financeiro como um todo e na economia real⁹¹.

Risco sistémico, na definição conjunta dada pelo FSB, FMI e BIS⁹², corresponde ao risco de uma disrupção na prestação de serviços financeiros que é causada por uma deficiência total ou parcial do sistema financeiro e tem o potencial de causar consequências negativas graves à economia real.

Neste contexto, a relevância sistémica de uma instituição é mensurada tendo em conta, em primeiro lugar, a sua dimensão no mercado, a sua complexidade, a inter-conectividade com outras instituições e a existência, ou não, de outras entidades que a possam substituir na função desempenhada dentro do sistema financeiro⁹³.

⁹¹ Idem, p. 5.

Também XAVIER, Pedro Lobo, *Das Medidas de Resolução de Instituições de Crédito em Portugal – Análise do Regime dos Bancos de Transição*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, número 18, 2014, p.159.

No mesmo sentido, ANTUNES, Engrácia, *The Management of the Bank Crisis in Portugal – Law and Practice*, p.38 “If there is something to be learnt with the globalisation of economic and financial markets, it is precisely the relevance of the “butterfly effect”, by reminding us that even a tiny event can start a chain reaction and have large and wide-reaching effects.”

⁹² FSB/IMF/BIS (2009), *Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments, - Initial Considerations*, p. 5, disponível em <http://www.bis.org/publ/othp07.htm>.

⁹³ GIÃO, João Sousa, *Os Instrumentos de Recapitalização Bancária do Mecanismo Europeu de Estabilidade / Bank Recapitalization Instruments under the European Stability Mechanism*, E-Pública – Revista Electrónica de Direito Público, Vol. 3, Nº 7, 2016, p. 21.

Assim, a resolução visa, entre outros pressupostos, evitar que um banco em crise cesse, de forma inadvertida e abrupta, a sua actividade, pondo em causa a estabilidade do sistema financeiro e a confiança dos depositantes⁹⁴.

Por seu turno, como bem nota Mayes⁹⁵, a insolvência de bancos distingue-se da insolvência de outras empresas, incluindo as financeiras, fundamentalmente por dois aspectos principais: a detenção de depósitos; e o efeito de contágio para outros bancos e o resto da economia. Estas diferenças justificam a existência de um regime de insolvência especial para as instituições bancárias, capaz de acautelar tais aspectos. Nesta perspectiva, Dewatripont e Freixas⁹⁶ referem que o processo de insolvência/ falência de bancos deve ser definido de forma a não só maximizar o valor do património para os credores e assegurar-lhes um tratamento justo, como também minimizar os custos sociais da falência deste tipo de instituições e preservar a segurança e a solidez do sistema bancário, o que implica que o processo seja rápido e ordenado.

Com efeito, as principais dificuldades de lidar com a insolvência de bancos residem no factor tempo e no factor liquidez; o tempo é escasso uma vez que uma instituição bancária não sobrevive muito tempo após a perda de

⁹⁴ RUCCIA, N., *The role of the private sector in resolution for banks*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 57, p. 622.

Também HEDDEGHEM, Egidius Van, *Bank resolution and Fundamental Rights*, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Universiteit Gent, Academiejaar 2013-2014, p. 8.

⁹⁵ MAYES, David G., *ob. cit.*, pp. 515 e 517.

Também XAVIER, Pedro Lobo, *ob. cit.*, p.153.

Na mesma perspectiva, ALBUQUERQUE, Mariana Solá de, BRANCO, Luís, *Resolving Banco Espírito Santo: An overview of the application of Recovery and Resolution Measures in Portugal*, Journal of International Banking Law and Regulation, 31, Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors, 2016, p. 537.

Ainda HU, Chen Chen, *ob. cit.*, p. 199.

⁹⁶ DEWATRIPONT, Mathias, FREIXAS, Xavier, *Bank resolution: a framework for the assessment of regulatory intervention*, Oxford Review of Economic Policy, Volume 27, Number 3, 2011, p. 421.

confiança dos investidores e credores na mesma, ao passo que a liquidez afigura-se fundamental para suprir as necessidades de refinanciamento e para minimizar as perdas decorrentes de vendas relâmpagos dos activos⁹⁷.

Está-se, pois, perante a necessidade de assegurar a continuidade da prestação de serviços financeiros essenciais ao funcionamento da economia, o que consubstancia um interesse público relevante que se sobrepõe, em caso de conflito, aos direitos e interesses privados em presença⁹⁸, permitindo à autoridade de resolução adoptar medidas, ainda que se oponham aos interesses de accionistas⁹⁹ e credores¹⁰⁰.

Como bem nota Valia Babis¹⁰¹, o exercício dos direitos dos accionistas pode inibir a eficácia da resolução, podendo ser utilizado para bloquear os instrumentos de resolução e/ou atrasar a recuperação ou resolução do banco em crise. Se a interferência nos direitos dos accionistas se revela necessária no contexto de resolução, impõe-se ter em conta que a mesma pode ter um impacto significativo na situação destes, com repercussões negativas na própria estabilidade do sistema financeiro¹⁰², devendo circunscrever-se a situações específicas, em que esteja em causa a estabilidade financeira e não existam outras opções mais adequadas¹⁰³.

⁹⁷ PHILIPPON, Thomas, SALORD, Aude, ob. cit., p. 48.

⁹⁸ SILVA, Mariana Duarte, ob. cit., p.379.

Também ALBUQUERQUE, Mariana Solá de, BRANCO, Luís, ob. cit., p. 538.

Igualmente MACHADO, Pedro, ob. cit., p. 36

⁹⁹ GOODHART, Charles A. E., *The Regulatory Response to the Financial Crisis*, CESifo Working Paper Series No. 2257, 2008, p.160: "(...) a key feature of any bank insolvency regime must involve some expropriation of shareholder rights, and, whatever the compensation arrangement for shareholders, it is bound to generate either a claim that they were robbed of their property, or that the taxpayers were bilked, or, quite often, both at the same time."

¹⁰⁰ XAVIER, Pedro Lobo, ob. cit., pp.154 e 158.

¹⁰¹ BABIS, Valia SG, ob. cit., p. 8.

¹⁰² Idem, p. 31.

¹⁰³ Idem, p. 12.

Ou seja, a interferência nos direitos dos accionistas deve limitar-se ao estritamente necessário e previsto.

Para Valia Babis, a interferência nos direitos dos accionistas pode ser definida em três níveis: o primeiro assenta na definição de planos de contingência – planos de saneamento e/ou de resolução – tomando em conta as regras de governança societária do próprio banco; o segundo corresponde à suspensão temporária de alguns direitos dos accionistas e/ou colocação do banco em crise sob a gestão de profissionais designados pela autoridade de resolução; e o terceiro, mais intrusivo, consiste em colocar o banco sob administração (*receivership*), conferindo aos gestores nomeados poderes para revogar os direitos dos accionistas e reestruturar o banco¹⁰⁴. A autora reconhece, neste último nível, que todas as categorias de direitos dos accionistas podem ser afectadas no âmbito da resolução¹⁰⁵, justificando tal afectação com o interesse público subjacente à adopção das medidas de resolução.

Nesta senda, outra finalidade não menos relevante da resolução, identificada noutras realidades, consiste em evitar o denominado *bail-out*¹⁰⁶, ou seja, a utilização de fundos públicos, entendendo-se como tal os recursos dos contribuintes, para salvar bancos em crise¹⁰⁷.

Note-se, uma vez mais, que a aplicação de medidas de resolução não visa obviar, a todo o custo, a liquidação da instituição em crise. Procura-se,

¹⁰⁴ Idem, p. 13.

¹⁰⁵ Idem, p. 19.

¹⁰⁶ CROITORU, Oana et al., ob.cit., p. 5.

¹⁰⁷ Vide, a propósito do Fundo de Resolução, RULLI, Edoardo, *Primi casi di risoluzione bancaria assistita da fondi: l' intervento del fondo nazionale di risoluzione. Rapporti tra fondo nazionale e single resolution fund*, in Banca Borsa Titoli di Credito, Milano, Vol. LXIX - Nuova serie - Maggio-Giugno 2016 (3)

primordialmente, a recuperação da instituição, evitando a interrupção dos serviços essenciais por ela prestados, o contágio de outras instituições do sistema financeiro e salvaguardando a estabilidade deste e a confiança dos depositantes, bem como, de não menor importância, evitar o *bail-out*¹⁰⁸. Caso a recuperação se revele impossível ou mais onerosa do que a liquidação da instituição, a Lei de Resolução consagra o recurso a esta última, que poderá ocorrer por via judicial ou extrajudicial como acima explicitado.

Na perspectiva definida pelo FSB¹⁰⁹, o regime de resolução deve incluir dois tipos de soluções: de estabilização e de liquidação. As soluções de estabilização visam assegurar a continuidade das funções sistemicamente importantes por meio da alienação ou transferência, total ou parcial, da actividade ou da própria instituição em crise para terceiro(s), quer directamente quer através de um banco de transição e/ou por meio de uma recapitalização efectuada com recursos dos credores – a instituição em crise é tida como *going concern*. Por seu turno, as soluções de liquidação visam assegurar o encerramento, total ou parcial, da instituição em crise, de forma ordenada, e salvaguardar os depositantes protegidos e outros pequenos clientes – instituição tida como *gone concern*.

¹⁰⁸ Neste sentido, ROCIO, Joana, ob. cit., p. 22: “Assim, estas medidas visam proteger as instituições de processos de insolvências que ponham em risco a preservação dos serviços de importância sistémica das instituições em causa, evitando esses procedimentos de intervenção e as repercussões negativas de eventuais impactos sistémicos. Procuram, assim, assegurar o bom funcionamento e estabilidade dos mercados financeiros, ao reconhecer a importância do sistema bancário para essa mesma estabilidade, dada a sua interligação e integração com os mercados financeiros, sendo que o impacto de uma instituição em dificuldades poderá ter repercussões negativas noutras. (...). Isto porque já se reconheceu que os processos normais de insolvência aplicados às empresas, nem sempre são os mais apropriados para as IC, ao não garantirem uma rapidez suficiente, nem a preservação e continuidade das funções críticas das IC. A opção por estes mecanismos também evita que se recorra à injeção de fundos públicos na instituição em causa, de forma a suprir eventuais insuficiências, o que se revela catastrófico para a economia de um País...”

¹⁰⁹ Financial Stability Board, ob. cit., p. 3.

Na aplicação do regime, a Lei de Resolução prevê a possibilidade de conjugação de medidas, conferindo ainda ao BCSTP total liberdade na selecção das mesmas, ou seja, a possibilidade de não observar uma ordem particular de selecção¹¹⁰, assegurando flexibilidade e discricionariedade à autoridade de resolução para melhor lidar com cada caso concreto, dentro de limites legais bem definidos¹¹¹.

A Lei de Resolução estabelece em seguida os princípios orientadores da aplicação destas medidas, em termos de distribuição de prejuízos, na linha do estabelecido pelo KA 5.1 do FSB¹¹². Neste âmbito, os accionistas devem assumir em primeiro lugar e prioritariamente os prejuízos da instituição; os credores – com excepção dos depositantes garantidos¹¹³ - assumem, em condições equitativas, os restantes prejuízos, em função da hierarquia das diferentes classes de credores; e, finalmente, nenhum credor pode assumir um prejuízo maior do que o que assumiria em caso de liquidação da instituição¹¹⁴. Trata-se, pois, da denominada “Liability Cascade” referida por Paul Weismann¹¹⁵, que se aplica a todos os bancos e constitui exemplo de uma distribuição de responsabilidades mais equilibrada e da renúncia ao princípio “too big to fail”.

¹¹⁰ Artigo 14.º/1 da Lei de Resolução.

¹¹¹ Neste sentido, SILVA, Mariana Duarte, ob. cit., p.375: “Em face da delicadeza e complexidade do problema, potenciadas pelas particularidades de cada caso concreto, deve ser conferida às autoridades administrativas suficiente margem de discricionariedade para optarem pelas soluções que se mostrem mais eficientes do ponto de vista da salvaguarda do interesse público, mormente da preservação do erário público e da solidez do sistema financeiro, nas concretas circunstâncias em que se dá a crise da instituição.”

Também FERREIRA, Eduardo Paz, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, ob. cit, p. 276.

¹¹² Financial Stability Board, ob. cit., p. 11.

¹¹³ SILVA, Mariana Duarte, ob. cit., p. 381.

¹¹⁴ Artigo 13.º da Lei de Resolução.

Vide, a propósito, XAVIER, Pedro Lobo, ob. cit., p.171.

¹¹⁵ WEISMANN, Paul, *Banking Crisis and banks in crisis: from state aid to bank resolution*, European Competition Law Review, 37, Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors, 2016, pp. 387-388.

O primeiro destes princípios, que resulta de directrizes internacionais, decorre do facto de os accionistas, enquanto tomadores voluntários dos riscos do negócio bancário e beneficiários por excelência dos seus lucros, deverem, como tal, ser os primeiros a suportar os prejuízos decorrentes da actividade bancária, ao invés destes recaírem sobre terceiros, em particular os contribuintes, como sucedeu nas crises registadas em 2008/2009 em vários países à escala global¹¹⁶. Esta responsabilização dos accionistas será igual à que ocorre em caso de insolvência¹¹⁷, podendo funcionar como dissuasora da assunção excessiva de riscos e incentivadora de maior controlo dos mesmos sobre a administração do banco¹¹⁸.

O segundo princípio, como bem nota Engrácia Antunes¹¹⁹, preconiza o tratamento equitativo dos credores, distintamente do que sucede no regime comum de falência/insolvência, que consagra o tratamento igualitário dos mesmos. Trata-se, aqui, de responsabilizar, a seguir aos accionistas, os credores da instituição pela situação de crise, tendo em conta que recai sobre os mesmos um especial dever de zelar pelo bom funcionamento da instituição, fiscalizando e pressionando a administração da mesma neste sentido¹²⁰. E nesta responsabilização é necessário

¹¹⁶ BABIS, Valia SG, ob. cit., p. 1.

¹¹⁷ EBA/GL/2017/04, *Final Guidelines on the treatment of shareholders in bail-in or the write-down and conversion of capital instruments*, p. 4.

Também FERREIRA, Eduardo Paz, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, ob. cit., pp. 270 e 300, consideram que, em caso de liquidação, dado o estatuto que detêm, os accionistas perdem, por princípio, o seu investimento.

No mesmo sentido, BABIS, Valia SG, ob. cit., p. 7 e MACHADO, Bárbara Gomes, *A Resolução Bancária*, p. 26-27.

¹¹⁸ BABIS, Valia SG, ob. cit., p. 8.

Também MAYES, David G, ob. cit., p. 518.

¹¹⁹ ANTUNES, José Engrácia, *A Resolução Bancária*, p. 473.

Também, ANTUNES, José Engrácia, *The Management of the Bank Crisis in Portugal – Law and Practice*, p. 30.

¹²⁰ MARTINS, Alexandre Soveral, ob. cit., p. 73.

diferenciar os credores em função da respectiva classe e hierarquia, assegurando-lhes um tratamento equitativo.

O terceiro e último destes princípios, que nada mais é que a tradução para português do princípio *No Creditor Worse-Off* (NCWO), estabelece que na opção pela aplicação de medidas de resolução deve-se avaliar a situação dos credores, incluindo os accionistas¹²¹, da instituição em crise de modo a assegurar que, com a aplicação da medida, os mesmos não ficarão em situação pior à que estariam em caso de liquidação da instituição¹²². A aplicação deste princípio impõe a realização de uma avaliação independente e credível da posição dos créditos, para se aferir, de forma objectiva, o impacto que a resolução terá sobre os mesmos face à liquidação e, desta forma, confirmar se aquela opção é a menos onerosa e, de facto, a mais adequada. Caso se verifique que o credor recebe menos em sede de resolução do que o que receberia em caso de liquidação, o mesmo adquire o direito a uma compensação¹²³.

Nos termos previstos na Lei de Resolução, a aplicação de medidas de resolução pode ocorrer em caso de risco sério de incumprimento, pela instituição em crise, dos requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da actividade bancária. Para o efeito, a Lei considera que o banco se encontra em risco sério de incumprimento dos requisitos para a manutenção da autorização quando (i) não seja previsível que consiga, no prazo que lhe seja determinado, repor as condições adequadas de solidez e os rácios prudenciais; (ii) tenha acumulado/ registado prejuízos ou haja

¹²¹ ANTUNES, José Engrácia, *The Management of the Bank Crisis in Portugal – Law and Practice*, p. 31.

¹²² ALBUQUERQUE, Mariana Solá de, BRANCO, Luís, ob. cit., p. 538.

Também GORTSOS, Christos V., ob. cit., p. 77.

¹²³ Artigo 13.º, alínea c) da Lei de Resolução, na linha do KA 5.2 do FSB, ob. cit., p. 11.

fundadas razões para considerar que, a curto prazo, possa vir a ter prejuízos susceptíveis de consumir o respectivo capital social; (iii) os seus activos se tornem inferiores ou haja fundadas razões para considerar que, a curto prazo, se venham a tornar inferiores às respectivas obrigações; (iv) estiver impossibilitado de cumprir as suas obrigações ou haja fundadas razões para considerar que, a curto prazo, assim possa ficar; (v) se encontre em situação de desequilíbrio financeiro, cuja dimensão ou duração constitua ameaça grave para a sua solvabilidade; ou (vi) a sua condição financeira se tenha agravado, apesar da aplicação de medidas preventivas, correctivas e/ ou de saneamento¹²⁴. Esta consagração segue a linha do KA 3.1. do FSB, segundo o qual o processo de resolução deve ser iniciado quando a instituição já não seja viável ou esteja em vias de deixar de o ser, não havendo perspectiva de recuperação, antes que a mesma seja declarada tecnicamente insolvente (*balance-sheet insolvency*) e o seu capital próprio seja totalmente destruído¹²⁵. Trata-se, pois, de medidas de último recurso¹²⁶, aplicáveis *in extremis* para evitar o contágio sistémico ou eventuais impactos negativos em termos de estabilidade financeira, minimizar os custos para o erário público ou salvaguardar a confiança dos depositantes¹²⁷.

Importa realçar, neste contexto, que a aplicação de medidas de resolução consagrada na Lei de Resolução não depende da prévia aplicação de medidas preventivas, correctivas e/ ou de saneamento, previstas no mesmo diploma, nem prejudica a aplicação das mesmas¹²⁸. Assim, a autoridade de resolução goza de flexibilidade para, em função da situação

¹²⁴ Artigo 14.º/2 da Lei de Resolução.

¹²⁵ Financial Stability Board, ob. cit., pp. 6-7.

¹²⁶ SCHELO, Sven, ob. cit., p. 99.

¹²⁷ MONTEIRO, Nuno Líbano, ob. cit., p. 134.

¹²⁸ Artigo 14.º/3 da Lei de Resolução.

de crise e desde que se mostrem preenchidos os requisitos para o efeito, recorrer à aplicação de medidas de resolução independentemente da aplicação prévia de medidas menos gravosas.

De igual modo, a Lei de Resolução consagra a possibilidade de conjugação de medidas de resolução com a adopção de outras providências¹²⁹, designadamente as previstas para aplicação conjunta com a medida de (saneamento) designação de administradores provisórios. Visa-se, uma vez mais, assegurar máxima flexibilidade e discricionariedade à autoridade de resolução para lidar com o caso concreto, prosseguindo as finalidades do regime de saneamento e resolução.

No que toca às medidas propriamente ditas, o leque previsto na Lei de Resolução abrange (i) a alienação parcial ou total da actividade a outra instituição autorizada, a um ou mais bancos de transição ou a uma ou mais entidades de gestão de activos¹³⁰; (ii) a recapitalização interna (*bail-in*)¹³¹; (iii) a fusão potestativa; e (iv) outras medidas cabíveis para assegurar uma resolução ordenada da instituição, baseada em boas práticas ou normas do BCSTP, estas por sua vez assentes em boas práticas e padrões internacionais. As medidas consagradas na Lei correspondem, grosso modo, às definidas a nível internacional, com os mesmos fundamentos doutrinários e regulatórios¹³², consubstanciando a atribuição, à autoridade de resolução, dos mais amplos poderes sobre os bancos, que vão desde a substituição de administradores à substituição de accionistas, passando

¹²⁹ Artigo 14.º/4 da Lei de Resolução, na linha do KA 3.8(i) do Financial Stability Board, ob. cit, p. 9.

¹³⁰ Na linha dos KA 3.3.e 3.4. do Financial Stability Board, ob. cit, p. 8-9.

¹³¹ KA 3-5 do Financial Stability Board, ob. cit, p. 9.

¹³² Financial Stability Board, ob. cit., p. 7.

pela transferência de activos da titularidade do banco em crise para terceiros ou pelo cancelamento de acções com a subsequente emissão de novas¹³³. Tendo em conta o objecto do capítulo seguinte, remetemos para ali a análise destas medidas.

Na previsão da Lei de Resolução a aplicação de medidas de resolução implica a suspensão dos membros dos órgãos de administração e fiscalização da instituição em crise, com a consequente designação de administradores oficiais para resolução, sem dependência de limites estatutários, assim como de uma comissão de fiscalização ou fiscal único¹³⁴. Esta substituição dos membros dos órgãos de administração e fiscalização justifica-se pela responsabilidade que lhes deve ser imputada, em maior ou menor medida, pela situação de crise, sendo o seu afastamento necessário para que as medidas de recuperação possam ser efectivadas da melhor forma. Na verdade, se tal responsabilidade justifica a substituição dos membros dos referidos órgãos ainda em fases menos críticas, como a de aplicação de medidas correctivas ou de saneamento, por maioria de razão a mesma se impõe em sede de resolução da instituição em crise.

Na mesma lógica, a substituição acima referida pode estender-se, caso o BCSTP assim decida, ao auditor ou à empresa de auditoria responsável pela certificação legal de contas da instituição em crise e que não integre o respectivo órgão de fiscalização¹³⁵.

¹³³ BABIS, Valia SG, ob. cit., p. 1.

¹³⁴ Artigo 15º/1 e 2 da Lei de Resolução.

¹³⁵ Artigo 15.º/1 a 3 da Lei de Resolução.

Neste contexto, a Lei consagra que os membros dos órgãos de administração e fiscalização que sejam suspensos no âmbito da aplicação de medidas de resolução são obrigados a fornecer todas as informações solicitadas pelo BCSTP e a prestar-lhe a colaboração requerida¹³⁶.

Os administradores oficiais para resolução, previstos na Lei, são remunerados pela instituição sob resolução e gozam de poderes acrescidos e reforçados em relação aos membros do respectivo órgão de administração. Neste quadro, compete-lhes (i) elaborar um relatório sobre a situação patrimonial da instituição e as suas causas, formulando recomendações sobre as medidas a aplicar no âmbito da resolução; (ii) executar as decisões do BCSTP em matéria de resolução, sem necessidade de consentimento prévio dos accionistas do banco; (iii) vetar as deliberações da Assembleia-geral dos accionistas; (iv) exercer os poderes conferidos aos administradores provisórios no âmbito da aplicação de providências de saneamento; e outros tidos por necessários para a resolução da instituição nos moldes determinados pelo BCSTP¹³⁷.

Os poderes atribuídos aos administradores oficiais para resolução adequam-se ao alcance das medidas e finalidades preconizadas com a aplicação do regime de resolução bancária. Com efeito, em face da situação da instituição sob resolução, justifica-se que os profissionais encarregues da aplicação das medidas correspondentes gozem dos mais amplos poderes de gestão e intervenção na instituição, ainda que estes se oponham aos interesses e direitos dos accionistas da mesma, de modo a assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais, acautelar o risco sistémico e preservar a estabilidade

¹³⁶ Artigo 15.º/4 da Lei de Resolução.

¹³⁷ Artigo 16.º/1 da Lei de Resolução.

financeira, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e salvaguardar a confiança dos depositantes.

Ainda neste quadro, a Lei de Resolução estabelece a possibilidade de o BCSTP permitir aos administradores oficiais para resolução invocar, em sede de resolução, algumas disposições consagradas no âmbito da liquidação extrajudicial¹³⁸. Assim, a Lei prevê a possibilidade de prorrogação, pelo período de seis meses a contar da data de vencimento ou expiração de prazo legal, contratual ou de outra natureza que possa resultar, se decorrido ou expirado nos últimos seis meses, na perda de direitos ou activos da instituição sob resolução¹³⁹. De igual modo, os administradores oficiais para a resolução podem, se autorizados pelo BCSTP, diligenciar no sentido da revogação de embargos ou cauções de activos e propriedades do banco, salvo os constituídos nos seis meses anteriores à data da resolução, sendo proibida a constituição de novo(s) embargo(s) ou caução(ões), excepto os que possam ser determinados pela administração oficial para resolução¹⁴⁰. Outrossim, pode haver lugar a extinção dos direitos dos accionistas, com excepção do direito à percepção do produto da alienação da instituição sob resolução ou de parte substancial dos seus activos, se houver¹⁴¹. Doutra sorte, os administradores oficiais para resolução podem proceder à emissão de novas acções, à venda dos activos da instituição sob resolução ou à negociação da assunção de obrigações desta em condições que considerem justas¹⁴². Os poderes atribuídos aos administradores oficiais para resolução estendem-se ainda à impugnação judicial de transacções

¹³⁸ Artigo 19.º/7 da Lei de Resolução.

¹³⁹ Artigo 26.º/16, al. a) da Lei de Resolução.

¹⁴⁰ Artigo 26.º/16, al. b) da Lei de Resolução.

¹⁴¹ Artigo 26.º/16, al. c) da Lei de Resolução.

¹⁴² Artigo 26.º/16, al. d) da Lei de Resolução.

executadas pela instituição sob resolução nos cinco anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, se baseadas em documentos forjados ou fraudulentos e em prejuízo dos credores¹⁴³. Na mesma perspectiva, esses administradores gozam do poder de requerer a anulação judicial de qualquer acto que tenha comprometido os activos do banco sob resolução ou de instaurar acção judicial para recuperação de activos transferidos pelo referido banco a terceiros, sem quaisquer ónus, nos três anos anteriores à data da resolução – tratando-se de administradores, accionistas com participação relevante ou qualificada, pessoas ligadas às anteriores, o prazo de referência alarga-se para cinco anos – ou em que os benefícios concedidos pelo banco sob resolução excederam os recebidos¹⁴⁴.

Ainda nos termos da Lei de Resolução, o mandato dos administradores oficiais para resolução tem a duração de noventa dias, sendo prorrogável duas vezes por iguais períodos¹⁴⁵. A preocupação subjacente a esta previsão reside em limitar ao mínimo imprescindível a presença dos administradores de resolução na instituição em crise, não só pelos custos daí decorrentes mas sobretudo pelo seu impacto na normalidade do funcionamento da instituição. O que se compreende, na medida em que, assentando o negócio bancário fundamentalmente na relação de confiança que se estabelece entre as instituições e os respectivos clientes, qualquer perturbação do normal funcionamento destas instituições tem reflexos negativos em tal relação de confiança, devendo por isso ser temporalmente circunscrita ao mínimo indispensável.

¹⁴³ Artigo 27.º/1 da Lei de Resolução.

¹⁴⁴ Artigo 27.º/2 da Lei de Resolução.

¹⁴⁵ Artigo 16.º/2 da Lei de Resolução.

V. QUESTÕES DECORRENTES DA IMPLEMENTAÇÃO DO REGIME DE RESOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO BANCÁRIA

Com a aplicação da Lei de Resolução a situações concretas têm surgido problemas de natureza diversa, suscitando discussões e investigações, eminentemente de índole jurídica. Destes problemas, propomo-nos analisar, pela relevância que assumem, os concernentes à aplicação de medidas de resolução como a alienação parcial ou total da actividade, a criação do banco de transição, a recapitalização interna (*bail-in*) e a fusão potestativa; bem como os concernentes ao financiamento da aplicação de medidas de saneamento e resolução e, finalmente, à liquidação da instituição em crise.

1. Aplicação de Medidas de Resolução

1.1. Alienação Parcial ou Total da Actividade

Integra o leque de medidas de resolução consagradas na Lei de Resolução a alienação parcial ou total da actividade (compreendendo activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão) da instituição em crise (i) para um banco de transição criado para o efeito – de que falaremos na secção seguinte – (ii) para uma ou mais instituições autorizadas a exercer a actividade bancária ou (iii) para uma ou mais entidades de gestão de activos¹⁴⁶.

A medida em apreço consiste assim em transferir parcial ou totalmente a actividade do banco em crise para outra(s) instituição(ões), que

¹⁴⁶ Artigos 14.º/1, al. a), 17.º/1 e 19.º/2, todos da Lei de Resolução, na linha do KA 3.3 do Financial Stability Board, ob. cit., p. 8.

poderá(ão) ser outro(s) banco(s) autorizado(s) a operar, um banco de transição ou uma (ou mais) entidade(s) de gestão de activos.

Nos termos da Lei de Resolução, a entidade de gestão de activos corresponde a uma entidade criada especificamente com o propósito de adquirir e gerir activos de um banco em crise no âmbito de um processo de resolução, sendo detida pelo FGG ou outro órgão governamental designado para o efeito, com duração determinada¹⁴⁷. A entidade de gestão de activos é constituída por decisão do BCSTP, que aprova os respectivos estatutos, podendo ser dispensada do cumprimento prévio dos requisitos legais para o início da sua actividade, bem como do cumprimento dos requisitos legais aplicáveis à gestão dos direitos e obrigações transferidos¹⁴⁸.

Analisando a medida propriamente dita, depreende-se que a alienação da actividade visa assegurar a continuidade das operações da instituição sob resolução¹⁴⁹, em particular as funções essenciais, nomeadamente ao nível dos sistemas de pagamento, de compensação ou similares, evitando que, no limite, as mesmas sejam interrompidas ou cessem de forma abrupta. Com a aplicação desta medida procura-se, igualmente, salvaguardar a estabilidade do sistema financeiro e a confiança dos depositantes, uma vez que a mesma permite assegurar a disponibilidade imediata dos depósitos constituídos junto da instituição em crise através da sua transferência para outra(s) instituição(ões)¹⁵⁰. Desta forma, o interesse

¹⁴⁷ Artigo 19.º/3 da Lei de Resolução e artigo 15.º/2 e 3 da NAP 15/2017.

¹⁴⁸ Artigo 15.º/1 e 4 da NAP 15/2017.

¹⁴⁹ ROCIO, Joana, ob. cit., p. 29: “Esta medida permite cumprir uma das finalidades primordiais das medidas de resolução que é a manutenção e a continuidade dos serviços prestados por determinada instituição, apesar de levar à descontinuidade da IC, que ao ser alienada, perde a sua identidade, mas assegura-se a continuidade da sua actividade.”

¹⁵⁰ XAVIER, Pedro Lobo, ob. cit, p.176.

público inerente à continuidade da prestação de serviços bancários essenciais é salvaguardado, ainda que a instituição financeira que os prestava originalmente deixe de operar, transferindo-se a sua actividade para outra(s) instituição(ões). Por estes motivos e em face das vantagens que apresenta em termos de simplicidade e economicidade, Lobo Xavier considera que esta medida deva ser a primeira opção na aplicação das medidas de resolução a instituições bancárias em crise¹⁵¹.

Segundo a Lei de Resolução, a concretização da medida de alienação da actividade pressupõe a formulação de um convite pelo BCSTP aos potenciais adquirentes para apresentação de propostas, com observância estrita dos princípios da celeridade, transparência e tratamento equitativo dos interessados¹⁵².

A Lei de Resolução admite que a proposta possa ser apresentada, excepcionalmente, por entidades que tenham requerido autorização para o exercício da actividade bancária, caso em que fica condicionada à decisão de concessão de licença pelo BCSTP¹⁵³. Esta flexibilidade justifica-se, a nosso ver, pela necessidade de, no contexto de grande exiguidade do mercado bancário nacional, se alargar as hipóteses de viabilidade da aplicação desta medida permitindo a entrada de novos investidores no mercado. Tal não implica, porém, a flexibilização dos requisitos e procedimentos para obtenção da autorização para o exercício da actividade bancária, condicionando-se a concretização da alienação à obtenção da competente licença junto do BCSTP, cumpridos os requisitos legalmente fixados para o efeito.

¹⁵¹ Idem, p. 177.

Também, BAUDINO, Patrizia et al, ob. cit., pp. 22-23.

¹⁵² Artigo 17.º/2 da Lei de Resolução e artigo 12.º/2 da NAP 15/2017.

¹⁵³ Artigo 13.º/1 da NAP 15/2017.

Na mesma lógica de facilitar a implementação da medida e salvaguardar a continuidade da prestação dos serviços bancários essenciais, o regime vigente consagra a possibilidade de alienação de conjuntos de direitos e obrigações, acções ou outros títulos representativos do capital social da instituição sob resolução a mais do que uma entidade adquirente e em momentos distintos¹⁵⁴. Na nossa perspectiva, esta solução justifica-se particularmente no contexto de São Tomé e Príncipe, em que a exiguidade do sistema financeiro constitui grande entrave à implementação das medidas de resolução.

No que respeita aos activos alienáveis, o regime estabelecido exclui do seu leque os direitos de crédito detidos por pessoas ou entidades que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham sido titulares, directa ou indirectamente, de 2% ou mais do capital social do banco sob resolução¹⁵⁵ ou que tenham sido membros do respectivo órgão de administração¹⁵⁶. O objectivo desta limitação, à semelhança do que sucede noutras jurisdições, é evitar que as entidades que, de alguma forma, tenham concorrido para a situação de crise do banco sob resolução possam ser beneficiadas com a aplicação da medida, protegendo antes e fundamentalmente os interesses dos pequenos investidores que, neste contexto, são equiparados a consumidores de serviços financeiros e, portanto, merecedores de protecção¹⁵⁷. Tanto que esta restrição, no caso de membros do órgão de administração, pode ser afastada mediante demonstração de que as pessoas em questão não tiveram, por acção ou omissão, qualquer participação na génese das dificuldades do banco sob

¹⁵⁴ Artigo 12.º/5 da NAP 15/2017.

¹⁵⁵ Artigo 13.º/2, al. a) da NAP 15/2017.

¹⁵⁶ Artigo 13.º/2, al. b) da NAP 15/2017.

¹⁵⁷ Na linha do defendido, a propósito dos accionistas qualificados, por XAVIER, Pedro Lobo, ob. cit., p.187.

Também FERREIRA, Eduardo Paz, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, ob. cit., p. 265.

resolução e não contribuíram, também por acção ou omissão, para o agravamento de tal situação¹⁵⁸.

Os elementos a alienar no âmbito desta medida devem ser objecto de avaliação reportada ao momento da alienação, a ser realizada por uma entidade independente designada pelo BCSTP, a expensas da instituição sob resolução¹⁵⁹, incluindo a referida avaliação uma estimativa do nível de recuperação dos créditos de cada classe de credores, de acordo com a ordem legal de prioridades, num cenário de liquidação em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução¹⁶⁰. Neste contexto, assume particular relevância saber se, no leque de créditos passíveis de avaliação, se incluem os depósitos, regular e devidamente registados no balanço da instituição em crise, porquanto os mesmos são, à partida, objectivamente reconhecíveis, dispensando por isso os custos inerentes à sua – dispensável – avaliação.

A preocupação subjacente a esta avaliação é a de assegurar aos accionistas e outros credores da instituição sob resolução uma compensação adequada pela alienação da sua actividade, de modo que os mesmos não fiquem em situação pior à que ficariam em caso de liquidação da instituição, numa clara aplicação do princípio NCWO¹⁶¹.

Com este fito, a Lei de Resolução consagra a possibilidade de reversão da operação de alienação, caso se venha a aferir que a contrapartida fixada no momento da alienação não corresponde ao justo valor dos elementos alienados, procedendo-se ao correspondente acerto

¹⁵⁸ Artigo 13.º/2, al. b) da NAP 15/2017.

¹⁵⁹ Artigo 17.º/5 da Lei de Resolução.

¹⁶⁰ Artigo 17.º/6 da Lei de Resolução.

¹⁶¹ Conforme decorre do KA 5.2 do Financial Stability Board, ob. cit., p. 11.

daquela¹⁶². Alternativamente, sob proposta do BCSTP, a instituição adquirente poderá cobrir a diferença existente entre o valor efectivamente pago e o justo valor, mantendo-se o negócio de alienação¹⁶³.

A Lei de Resolução procura, pois, garantir que a alienação se realiza de acordo com as condições de mercado, pese embora, no contexto prático em análise, questões como a exiguidade do sistema financeiro, a pequena dimensão das instituições existentes e a urgência inerente aos procedimentos de resolução possam comprometer a concretização desta medida, seja em termos de efectivação do negócio, seja em termos de realização do justo valor pela alienação.

Neste contexto, a Lei de Resolução consagra a possibilidade de prestação de apoio financeiro, em natureza e montante determinados pelo BCSTP, pelo FGG ou por outro órgão governamental designado para o efeito, com o propósito de possibilitar a efectivação da medida de alienação da actividade. Esta assistência pode revestir a forma de prestação de garantias ou de concessão de empréstimos com o objectivo de preservar o valor dos elementos a alienar e facilitar a concretização da alienação¹⁶⁴.

Importa aqui realçar que a decisão de alienação da actividade prevalece sobre qualquer disposição legal ou contratual em contrário e é independente do consentimento prévio dos accionistas ou partes em contratos relacionados com os elementos a alienar¹⁶⁵, não dando lugar a qualquer direito de vencimento antecipado¹⁶⁶. Esta previsão legal justifica-

¹⁶² Artigo 17.º/13 da Lei de Resolução.

Nesta perspectiva, ALBUQUERQUE, Mariana Solá de, BRANCO, Luís, ob. cit., p. 539.

¹⁶³ Artigo 17.º/14 da Lei de Resolução.

¹⁶⁴ Artigo 17.º/7 da Lei de Resolução.

¹⁶⁵ SCHELO, Sven, ob. cit., p. 142.

¹⁶⁶ Artigo 17.º/10 e 11 da Lei de Resolução.

se pela prevalência do interesse público inerente à continuidade da prestação dos serviços bancários essenciais sobre os interesses privados dos accionistas e outros credores do banco sob resolução, tendo em vista a salvaguarda da estabilidade do sistema financeiro e da confiança dos depositantes, acima sobejamente referida. Portanto, investido dos seus poderes de resolução e tendo em vista a salvaguarda do interesse público, o BCSTP pode decidir-se pela alienação da actividade da instituição sob resolução, assegurando a continuidade das funções críticas prosseguidas pela mesma, ainda que tal medida se revele contrária aos interesses e à vontade de accionistas, credores e outros terceiros com interesses na instituição.

Não obstante, a aplicabilidade desta medida no contexto nacional depara-se com desafios que decorrem desde logo da exiguidade do sistema financeiro e dos recursos financeiros existentes. Com efeito, a reduzida dimensão do sistema financeiro são-tomense, totalmente dominado pelo sector bancário, assim como o reduzido volume de capitais que nele circulam, diminuem drasticamente a probabilidade de surgimento de propostas de aquisição da actividade do banco sob resolução, pelo seu justo valor.

Se a isso adicionarmos o facto de a eficácia das medidas de resolução depender grandemente da tempestividade e celeridade da sua concretização, mais comprometida fica a aplicabilidade da medida de alienação da actividade. Conseguir, num mercado tão pequeno e limitado, propostas que permitam alienar a actividade da instituição sob resolução, respeitando o princípio NCWO, afigura-se uma tarefa deveras complicada.

Também, KA 3.2 (v), (vi), (x), KA 3.3, KA 4.2. e KA 4.3, Financial Stability Board, ob. cit., p. 7-8 e p. 10.

Com efeito, conforme referido no início deste capítulo, é necessário assegurar, na aplicação de medidas de resolução, que os credores da instituição sob resolução não ficam em situação pior à que ficariam caso a instituição fosse liquidada. Não sendo possível garantir esta situação, deve-se afastar a opção por esta medida e seleccionar outra ou, caso tal não se afigure viável, revogar a licença para o exercício da actividade e submeter a instituição em crise à liquidação.

1.2. Criação do Banco de Transição

No quadro da aplicação da medida de alienação da actividade do banco sob resolução, a Lei de Resolução prevê a possibilidade de tal alienação ser feita para um banco de transição. Trata-se de uma alternativa à alienação para uma instituição autorizada a operar ou para uma entidade de gestão de activos, particularmente relevante quando, como bem refere Lobo Xavier¹⁶⁷, não existem instituições interessadas ou quando, devido à complexidade da instituição em crise, não seja possível concluir a alienação em tempo útil.

O banco de transição, à semelhança do estabelecido noutros ordenamentos¹⁶⁸, corresponde a uma instituição bancária constituída por decisão do BCSTP enquanto autoridade de resolução, com o objectivo único de adquirir e gerir activos, passivos, elementos extrapatrimoniais, bem como os activos sob gestão da instituição sob resolução¹⁶⁹. Trata-se, pois, de um banco criado especificamente para adquirir e gerir a actividade

¹⁶⁷ XAVIER, Pedro Lobo, ob. cit, p.178.

¹⁶⁸ AZEVEDO, Nuno Saldanha, *Medidas de resolução no sector bancário: O novo paradigma da Directiva 2014/59/EU*, Estudos, Instituto dos Valores Mobiliários, p. 27.

Também SCHELO, Sven, ob. cit., p. 140.

¹⁶⁹ Artigo 18.º/1 e 2 da Lei de Resolução e artigo 2.º/1 da NAP 12/2017, de 07/07/2017.

da instituição sob resolução, com o objectivo primordial de reembolsar os seus credores¹⁷⁰, preservando as partes viáveis da instituição¹⁷¹, com vista à sua posterior alienação¹⁷². Desta forma, evita-se a assunção de perdas elevadas para a instituição sob resolução e a alienação de activos de forma apressada e com grandes descontos, que ocorreriam em caso de liquidação¹⁷³.

De acordo com a Lei de Resolução, o capital social do banco de transição, que deve ser pelo menos igual ao mínimo fixado para o exercício da actividade bancária¹⁷⁴, pode ser constituído por recursos provenientes do FGG, de órgão governamental designado para o efeito ou de fontes privadas¹⁷⁵. A possibilidade de recurso a fontes de financiamento privadas, *tout court*, para a constituição do banco de transição constitui um elemento particular do regime são-tomense, que suscita algumas preocupações que passaremos a analisar, justificando-se pelas circunstâncias limitativas do contexto prático em apreço já acima referidas.

É indiscutível que a criação de um banco de transição pressupõe, desde logo, a disponibilidade de recursos financeiros para a realização do seu capital social, os quais podem advir, na formulação da Lei de Resolução, do FGG, de órgão governamental designado para o efeito ou de fontes privadas. Ora, num mercado com a dimensão do de São Tomé e Príncipe, não é fácil garantir a existência de tais recursos. Desde logo porque o FGG, apesar da sua consagração na LOBCSTP em 1992, ainda não foi constituído – retornaremos a esta questão com maior detalhe na secção 2

¹⁷⁰ XAVIER, Pedro Lobo, ob. cit, p.181.

¹⁷¹ Conforme estatuído no KA 3.4 do Financial Stability Board, ob. cit., p. 8.

¹⁷² Artigos 2.º/6 e 20.º da NAP 12/2017, de 07/07/2017.

¹⁷³ XAVIER, Pedro Lobo, ob. cit, p.199.

¹⁷⁴ Artigo 18.º/4 da Lei de Resolução e artigo 6.º/1 da NAP 12/2017, de 07/07/2017.

¹⁷⁵ Artigo 18.º/1 da Lei de Resolução e artigo 2.º/5 da NAP 12/2017, de 07/07/2017.

do presente capítulo. De igual modo, dada a situação económica do país, a possibilidade de alocação de recursos por qualquer órgão governamental para a criação de um banco de transição revela-se praticamente impossível. Assim, o recurso a fontes de financiamento privadas acaba por consubstanciar a hipótese mais realista de viabilização do banco de transição.

Não obstante a sua justificação, na nossa perspectiva esta solução coloca alguns problemas de relevo, de que destacamos os relacionados com a observância dos princípios da celeridade, transparência e tratamento equitativo dos interessados, quer no momento da identificação dos financiadores privados para a constituição do banco de transição quer no momento da alienação da actividade do referido banco.

Conforme acima referido, a alienação da actividade consagrada na Lei de Resolução, incluindo para um banco de transição, deve ser efectuada com estrita observância dos princípios da celeridade, transparência e tratamento equitativo dos interessados¹⁷⁶. Ora, havendo recurso a financiadores privados para a constituição do banco de transição, entendemos que a sua selecção deveria ser criteriosa, de modo a assegurar a observância de tais princípios, o que não se revela de fácil execução num contexto de exiguidade de recursos financeiros e em que a adopção das medidas de resolução se reveste de urgência. Neste contexto, o mais provável é que alguns destes princípios – transparência e tratamento equitativo dos interessados – sejam sacrificados em prol de outro – celeridade.

¹⁷⁶ Artigo 17.º/2 da Lei de Resolução e artigo 12.º/2 da NAP 15/2017.

De igual modo, estabelece o regime que o banco de transição é criado especificamente para adquirir e gerir a actividade da instituição sob resolução, preservando as suas partes viáveis, com vista à sua posterior alienação, com observância dos princípios da celeridade, transparência e tratamento equitativo dos interessados. Ora, recorrendo-se a fontes privadas para financiar a constituição do banco de transição, como se asseguraria a observância de tais princípios, especialmente o do tratamento equitativo dos interessados, no momento da alienação deste banco, tendo em conta que o investidor privado que financiou a sua criação poderá ter interesse na aquisição da sua actividade? Caso ainda para questionar se sequer haveria margem para impor tal alienação ao dito investidor privado que financiou a constituição do banco de transição.

Assim, se é perfeitamente defensável e justificável que o interesse público inerente à salvaguarda dos interesses dos credores, da confiança dos depositantes e da estabilidade do sistema financeiro prevaleça sobre os interesses dos accionistas e demais credores do banco sob resolução, pela responsabilidade que lhes seja imputável pela situação do mesmo, já não será tão facilmente compreensível que o mesmo se imponha aos interesses de terceiros de boa fé que concorram para resolver a situação de crise.

Acresce que, a efectivar-se, na constituição do banco de transição com recursos privados devem ser observados todos os requisitos de avaliação de idoneidade e capacidade dos subscritores do capital social estabelecidos por lei para a constituição ou aquisição de participação social em instituições financeiras. Assim sendo, como assegurar, no horizonte temporal imposto pelo regime de resolução, o cumprimento

deste requisito aquando da mobilização de recursos privados para a constituição do banco de transição?

Ainda, conforme referido acima, a constituição do banco de transição está intrinsecamente associada à alienação da actividade do banco sob resolução, devendo a primeira ser seguida pela última. Dito de outra forma, a criação do banco de transição justifica-se com o intuito exclusivo de viabilizar a aplicação da medida de alienação da actividade, sendo uma solução transitória¹⁷⁷. Neste contexto, como explicar a mobilização de recursos de investidores privados para financiar a constituição de tal entidade transitória?

As questões vindas de enunciar evidenciam os condicionalismos decorrentes do recurso a fontes de financiamento privadas para a constituição do banco de transição, que comprometem a observância de princípios fundamentais que norteiam a aplicação das medidas de resolução.

À luz de todos os argumentos e justificações vindos de apresentar, entendemos que tal solução apenas seria aceitável se, por fontes privadas, na formulação da Lei de Resolução, se entender contribuições, a título de empréstimo, da indústria financeira. Ou seja, como será melhor explanado na secção 2 do presente capítulo, tratar-se-ia de recorrer a fontes de financiamento privadas, constituídas por contribuições da indústria financeira como um todo, mobilizadas num contexto de criação e provisionamento de um fundo especial de resolução, para custear a

¹⁷⁷ SCHELO, Sven, ob. cit., p. 141.

aplicação da medida de resolução consubstanciada, *in casu*, na criação do banco de transição.

Posto isto, voltando ao motivo que justifica a criação do banco de transição, visa-se assegurar, como acima mencionado, a continuidade das actividades da instituição sob resolução, através da sua transferência para aquele banco¹⁷⁸, preservando a estabilidade do sistema financeiro e a confiança dos depositantes e permitindo que as funções essenciais prosseguidas pela instituição sob resolução não sejam abruptamente interrompidas nem cessadas, primando-se pela recuperação desta¹⁷⁹.

Aqui, com o mesmo fundamento de prossecução do interesse público, o BCSTP é dotado de poderes reforçados, sobreponíveis aos direitos e interesses privados, nomeadamente de accionistas e demais credores da instituição sob resolução, legitimando a sua ingerência na esfera privada ao determinar, ainda que à revelia dos credores, a transferência de actividades desta instituição para o banco de transição e, quando necessário, a sua reversão do banco de transição para aquela¹⁸⁰. A prossecução do interesse público justifica ainda que o BCSTP possa dispensar o banco de transição do cumprimento dos requisitos prudenciais aplicáveis às instituições bancárias¹⁸¹, bem como, temporariamente, dos procedimentos formais para o início da actividade¹⁸².

¹⁷⁸ Artigo 3.º/1 e 2 da NAP 12/2017, de 07/07/2017.

¹⁷⁹ No entanto, como bem notam CROITORU et al, ob. cit., p. 6, a preservação das funções essenciais não implica que todos os credores de uma instituição em crise devam ser total ou parcialmente protegidos.

¹⁸⁰ Artigo 3.º/3 e 14.º da NAP 12/2017, de 07/07/2017, na linha do KA 3.4(iii) do Financial Stability Board, ob. cit., p. 8.

Na mesma perspectiva, ALBUQUERQUE, Mariana Solá de, BRANCO, Luís, ob. cit., p. 539.

¹⁸¹ Artigo 2.º/2, da NAP 12/2017, de 07/07/2017.

¹⁸² Artigo 7.º/1 da NAP 12/2017, de 07/07/2017, na linha do KA 3.4(ii) do Financial Stability Board, ob. cit., p. 8.

Tal como referido na secção 1.1 deste Capítulo, o banco de transição poderá adquirir parcialmente a actividade da instituição sob resolução, procedendo-se a uma segregação dos elementos a transferir para o mesmo¹⁸³, de modo a assegurar a sua viabilidade. Para o efeito, o balanço da instituição sob resolução é analisado, seleccionando-se os elementos a adquirir pelo banco de transição e, havendo elementos remanescentes naquela instituição, procede-se à sua liquidação¹⁸⁴.

Importa referir finalmente que, como o próprio nome indica, o banco de transição tem duração temporária, prevendo a Lei de Resolução especificamente que o mesmo é criado por um período de doze meses, contados da confirmação pela entidade responsável pela avaliação dos elementos patrimoniais, extrapatrimoniais e activos sob gestão, prazo este prorrogável por uma vez, por decisão do BCSTP, desde que justificado pelo interesse público¹⁸⁵. Com efeito, por força da aplicação do princípio do menor custo, um banco de transição apenas pode ser utilizado na medida em que a preservação do valor da licença for mais benéfica que os custos de operação de tal instituição, sendo que a complexidade de operar um banco de transição implica que o mesmo não seja utilizado extensivamente¹⁸⁶. Esgotado o seu período de duração, que poderá ir até o máximo de 24 meses, o banco de transição deve ser alienado ou, em última instância, liquidado, por decisão do BCSTP¹⁸⁷.

¹⁸³ Artigo 12.º da NAP 12/2017, de 07/07/2017.

¹⁸⁴ Artigo 20.º/6 da NAP 12/2017, de 07/07/2017.

¹⁸⁵ Artigo 18.º/3 da Lei de Resolução e artigo 2.º/3 e 4 da NAP 12/2017, de 07/07/2017.

¹⁸⁶ BAUDINO, Patrizia et al, ob. cit., p. 23.

¹⁸⁷ Artigo 24.º da NAP 12/2017, de 07/07/2017, na linha do KA 3.4(iv) do Financial Stability Board, ob. cit, p. 9.

1.3. Recapitalização Interna

A recapitalização interna – ou *bail-in*, na sua designação em inglês – apresenta-se como o contraponto do *bail-out*¹⁸⁸, caracterizando-se pela recapitalização da instituição em crise através da utilização de recursos dos seus próprios accionistas ou credores, seja mediante a redução do capital ou outros instrumentos de titularidade de direitos de crédito sobre a instituição (*write-down*), seja mediante a conversão de créditos comuns ou não garantidos em capital ou outros instrumentos de titularidade da instituição, com respeito pela hierarquia dos créditos¹⁸⁹.

Trata-se assim, na perspectiva de Avgouleas e Goodhart¹⁹⁰, da aplicação do denominado princípio da penalização dos accionistas e subsidiariamente dos credores não garantidos, pela situação da instituição sob resolução. Ainda segundo estes autores, no *bail-in*, além dos accionistas, os prejuízos decorrentes da insolvência devem ser suportados *ex ante* ou *ex post* por fundos de resolução financiados por contribuições da indústria, assim como por determinadas classes de credores da instituição sob resolução, cujos créditos sobre esta serão convertidos em

¹⁸⁸ ARMOUR, John, ob. cit., p. 19: “The nomenclature emerged as a contrast to ‘bail outs’: the idea is that, rather than the state stepping in to make payments that save creditors from losses, the creditors should be expected to bear the losses themselves. (...) bail-in powers expedite the process of restructuring by waiving shareholders and creditors’ ordinary contractual rights.” No mesmo sentido, BODELLINI, Marco, *Greek and Italian ‘Lessons’ on Bank Restructuring: Is Precautionary Recapitalisation the Way Forward?*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Cambridge, 2017, p.145.

¹⁸⁹ Na linha do KA 3.5 do Financial Stability Board, ob. cit., p. 9.

Também BABIS, Valia, ob. cit., p. 20: “Finally, the bail-in tool allows resolution authorities to convert creditors’ claims to equity. In order to do this, resolution authorities can cancel (and issue new shares to creditors) or severely dilute existing shares (by converting creditor claims to equity).”

Ainda SCHELO, Sven, ob. cit., p. 101.

¹⁹⁰ AVGOULEAS, E. and GOODHART, C., *Critical Reflections on Bank Bail-ins*, Journal of Financial Regulation, 2015, 3-29, Oxford University Press, p. 4.

Contrariamente, FERREIRA, Eduardo Paz, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, ob. cit., pp. 280-281.

capital social, repondo desta forma o *buffer* de capital necessário para a continuação da actividade desta¹⁹¹.

Conforme se vê, esta medida dá corpo, de forma clara e inequívoca, aos princípios orientadores da aplicação das medidas de resolução, em termos de distribuição de prejuízos, assegurando-se que os accionistas são chamados a assumir em primeiro lugar e prioritariamente os prejuízos da instituição, seguindo-se os credores, que assumem os restantes, em condições equitativas e de acordo com a hierarquia dos créditos, com o limite de não assumirem prejuízo maior do que assumiriam em caso de liquidação¹⁹².

Na perspectiva de John Armour¹⁹³, o *bail-in* constitui um *regulatory trigger*, como alternativa ao *contractual trigger* (constituído por *contingent capital*), dotando a autoridade de resolução do poder de determinar a transformação dos termos contratuais, caso se verifique a ocorrência de certos eventos. Esta medida permite à autoridade de resolução¹⁹⁴ determinar (i) a redução do capital social por amortização ou redução do valor nominal das acções ou outros títulos representativos do capital social; (ii) a supressão do valor nominal das acções representativas do capital social; (iii) a redução do valor nominal dos créditos resultantes da titularidade dos restantes instrumentos financeiros ou contratos que sejam, ou tenham sido em algum momento, elegíveis para os fundos próprios da instituição; ou (iv) o aumento do capital social por conversão dos créditos acabados de referir, mediante a emissão de acções ordinárias ou outros

¹⁹¹ AVGOULEAS, E. and GOODHART, C., ob. cit., p. 4.

¹⁹² Artigo 9.º/1 e 3 da NAP 15/2017, de 07/07/2017.

¹⁹³ ARMOUR, John, ob. cit., p. 19.

¹⁹⁴ AZEVEDO, Nuno Saldanha, ob. cit., pp. 29-30.

títulos representativos do capital social da instituição sob resolução¹⁹⁵. A autoridade de resolução tem assim o poder de reestruturar por completo a instituição sob resolução, redesenhando o seu balanço e determinando quem são os seus credores e accionistas, dentro dos limites legais, tendo em vista a recuperação da instituição e o seu pleno regresso à actividade¹⁹⁶. Nesta perspectiva, à semelhança da alienação da actividade, a recapitalização interna tem como objectivo principal recuperar o balanço da instituição sob resolução, com a diferença de que, através desta medida, procede-se a uma reestruturação da instituição em si, sem lugar à transferência de elementos patrimoniais para outra entidade¹⁹⁷.

Neste contexto, não sendo viável a recuperação e o regresso da instituição sob resolução à actividade, é recomendável o recurso a outra medida de resolução que não a recapitalização interna, sem prejuízo desta poder ser accionada de forma instrumental¹⁹⁸. Tal ocorre quando a recapitalização interna é aplicada com vista à alienação da actividade da instituição sob resolução para outra instituição, mormente um banco de transição, concorrendo para a constituição/ reforço do capital social desta¹⁹⁹.

A recapitalização interna corresponde assim a uma das formas mais invasivas de interferência nos direitos dos accionistas²⁰⁰. A redução do

¹⁹⁵ Artigo 10.º/1 da NAP 15/2017.

¹⁹⁶ FIGUEIREDO, André, SEQUEIRA, Manuel, *Medidas de resolução bancária – bail-in e governance da instituição de crédito sujeita a resolução*, Revista de Direito das Sociedades, Ano VIII (2016), 3, Instituto de Direito Privado, Faculdade de Direito de Lisboa, p. 531.

¹⁹⁷ SCHELO, Sven, ob. cit., p. 142.

¹⁹⁸ FIGUEIREDO, André e SEQUEIRA, Manuel, ob. cit., p. 539.

Também, no contexto particular da União Europeia, GORTSOS, Christos V., ob. cit., p. 228.

¹⁹⁹ JANSSEN, Lynette, *Bail-in from an Insolvency Law Perspective*, Journal of International Banking Law and Regulation, 2018, Volume 33, Issue 1, p. 10.

Igualmente MACHADO, Pedro, ob. cit., p. 36.

²⁰⁰ BABIS, Valia, ob. cit, p. 20.

Também AVGOULEAS, E. e GOODHART, C., ob.cit., p. 18.

capital social ou do valor nominal dos créditos resultantes da titularidade dos restantes instrumentos de fundos próprios é definitiva, não implicando o pagamento de qualquer compensação aos respectivos titulares além da resultante da conversão de tais créditos em acções ou títulos representativos do capital social do banco sob resolução e tendo por efeito a cessação de qualquer obrigação ou direito relacionado com o instrumento de fundos próprios no montante em que o respectivo valor nominal tenha sido reduzido, com excepção de obrigações já vencidas²⁰¹.

Desta forma, os credores são chamados a recapitalizar a instituição sob resolução, reduzindo ou até mesmo eliminando custos para o erário público²⁰². Em face da possibilidade de serem chamados para recapitalizar as instituições em crise, diversamente da prática anterior em que a responsabilidade de recuperação de bancos em crise incidia única e exclusivamente sobre o Estado, i.e. os contribuintes²⁰³, os credores passam a ter interesse em acompanhar mais de perto, numa perspectiva até de fiscalização, a actividade daquelas²⁰⁴, o que corresponde a uma prática muito positiva, reduzindo os riscos de mau desempenho e ajudando a restaurar a disciplina de mercado²⁰⁵. De igual modo, como

²⁰¹ Artigo 11.º/2 da NAP 15/2017. Não obstante, como bem refere MACHADO, Pedro, ob. cit., p. 38, “o *bail-in* não se confunde com uma expropriação, embora se possa afirmar que produza efeitos similares à expropriação. Trata-se antes de um mecanismo de partilha de custos que funciona com base num sistema obrigatório de financiamento em cascata, servindo não apenas um objectivo de absorção de perdas como de recapitalização da entidade emergente de um contexto de *going-concern*”.

²⁰² MIGLIONICO, Andrea, *Rescuing Failing Banks for Financial Stability: The Unintended Outcomes of Bail-in Rules*, International Company and Commercial Law Review, Vol. 29, Issue 10, 2018, p. 609.

²⁰³ AZEVEDO, Nuno Saldanha, ob. cit., pp. 30-31.

²⁰⁴ MACHADO, Pedro, ob. cit., p. 36.

²⁰⁵ ARMOUR, John, ob. cit., p. 29: “The fact that financial institutions will be paying for any resolution will make them very interested parties in the design of any mechanism, and introduce a natural constraint on the extent to which unnecessary insurance will be paid out.”

Também AVGOULEAS, E. and GOODHART, C., ob. cit., pp. 4 e 20.

Igualmente FERREIRA, Eduardo Paz, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, ob. cit., pp. 271-272.

No que respeita à disciplina de mercado, a mesma caracteriza-se, como refere Mayes, fundamentalmente por atribuir incentivos a todos os *stakeholders* no contexto de determinado

observa Pedro Machado²⁰⁶, o *bail-in* que inicialmente era visto como um risco para a estabilidade financeira tornou-se um instrumento poderoso para impedir a assunção excessiva de risco, contendo desta forma o risco sistémico.

Pelo que já foi referido, depreende-se que a recapitalização interna corresponde a uma forma expedita de reorganização societária em face de uma crise bancária, baseada num plano pré-definido²⁰⁷. Neste sentido, Engrácia Antunes²⁰⁸ assinala que a mesma visa um de dois objectivos: recapitalizar o banco em dificuldades no sentido de o mesmo continuar a operar (*going concern*)²⁰⁹ ou capitalizar o banco de transição ou qualquer negócio decorrente da venda ou segregação de activos, conforme o caso²¹⁰.

Além de evitar o *bail-out*²¹¹, constituem vantagens do *bail-in*, identificadas por outros autores, evitar a cessação abrupta das actividades do banco sob resolução e restaurar a confiança dos depositantes²¹², salvando este banco.

banco, sejam accionistas, gestores, depositantes, credores ou supervisores, para assegurarem que este é gerido de forma prudente.

²⁰⁶ MACHADO, Pedro, ob. cit., p. 34.

²⁰⁷ ARMOUR, John, ob. cit., p. 23.

²⁰⁸ ANTUNES, José Engrácia, *The Management of the Bank Crisis in Portugal – Law and Practice*, p. 37.

Igualmente, JOOSEN, Bart, *Bail In Mechanisms in the Bank Recovery and Resolution Directive*, 5, Netherlands Association for Comparative and International Insolvency Law, Working Paper, 2014.

No mesmo sentido, AVGOULEAS, E. and GOODHART, C., ob. cit., p. 5.

²⁰⁹ Também MACHADO, Pedro, ob. cit., p. 37.

²¹⁰ Tal como referido, no contexto particular da União Europeia, por GORTSOS, Christos V., ob. cit., p. 227.

²¹¹ HEDDEGHEM, Egidius Van, ob. cit., p. 12, “The concept behind bail-in is straightforward. If a bank fails, the authorities will write down or convert into equity some or all of the instruments subject to bail-in without putting the bank into bankruptcy. It gives the opportunity to recapitalize an insolvent bank at the expense of some of its creditors without the need for an external capital injection.”

²¹² Idem, “Furthermore, it avoids sudden liquidation because it allows the institution to continue as a going concern bank until it can be resolved or liquidated more fundamentally.”

A Lei de Resolução consagra a recapitalização interna com o objectivo de eliminar os activos líquidos negativos do banco sob resolução, materializando-se esta medida através da redução parcial ou total da dívida do referido banco e/ou da conversão do seu capital social, devidamente planeada²¹³. Na linha do KA 3.6, a recapitalização interna pode ser conjugada com a aplicação de outras medidas de resolução, com o objectivo de assegurar a viabilidade da instituição²¹⁴.

Nos termos da Lei de Resolução, a reestruturação da dívida do banco sob resolução, no quadro da aplicação do *bail-in*, pressupõe a redução do seu capital social de modo a reflectir os prejuízos efectivamente registados²¹⁵. Neste contexto, o *bail-in* deve recair primeiramente sobre a dívida subordinada²¹⁶ e em seguida sobre as demais dívidas, considerando a ordem inversa à prioridade de reembolso dos credores estabelecida na Lei de Resolução para os casos de liquidação²¹⁷.

Assim, a Lei exclui da aplicação do *bail-in* credores que, pela sua natureza, merecem protecção especial, nomeadamente o BCSTP, os pequenos depositantes, o fisco e as autarquias locais, bem como os empregados do banco sob resolução, permitindo ainda ao BCSTP excluir quaisquer outros créditos se considerar que tal exclusão permite prosseguir alguma das finalidades da aplicação de medidas de resolução²¹⁸. No fundo, como nota Lynette Janssen²¹⁹, são excluídas responsabilidades potencialmente

²¹³ Artigo 19.º/5 da Lei de Resolução.

²¹⁴ Artigo 19.º/1 da Lei de Resolução, em linha com o KA 3.6 do Financial Stability Board, ob. cit., p. 9.

²¹⁵ Artigo 19.º/6, al. a) da Lei de Resolução.

²¹⁶ A propósito de dívida subordinada e da sua vocação para absorção de perdas, vide FERREIRA, Eduardo Paz, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, ob. cit., pp. 295-296.

²¹⁷ Artigo 19.º/6, al. b), c) e d) da Lei de Resolução.

²¹⁸ Artigo 19.º/6, al. e) e f) da Lei de Resolução.

²¹⁹ JANSSEN, Lynette, ob. cit., p. 19.

sujeitas a risco de contágio, como os pequenos depósitos, assim como aquelas decorrentes de serviços e linhas de negócio consideradas essenciais.

O BCSTP, novamente investido dos poderes de resolução, pode aplicar esta medida discricionariamente²²⁰, ainda que à revelia dos accionistas e demais credores do banco sob resolução, sendo a sua decisão irrevogável e prevalecente sobre qualquer disposição legal ou contratual em contrário²²¹. Tal discricionariedade visa assegurar a efectividade e eficiência da aplicação da medida, em vista dos objectivos prosseguidos pela aplicação do regime de resolução²²², permitindo que a autoridade de resolução obvie a que os credores se aproveitem da situação de insolvência da instituição sob resolução²²³.

Neste contexto, temos que concordar com Engrácia Antunes e considerar a recapitalização interna como a medida de resolução de maior complexidade, quer do ponto de vista legal quer técnico²²⁴. Com efeito, pese embora a discricionariedade conferida à autoridade de resolução na selecção das dívidas que serão abrangidas pela aplicação da medida, a Lei de Resolução sujeita esta discricionariedade simultaneamente a algumas exclusões e extensões de âmbito. De outra forma, como refere

²²⁰ Embora, conforme refere MACHADO, Pedro, ob. cit., p. 45, no exercício desta discricionariedade a autoridade de resolução fica sujeita a um acrescido dever de cuidado.

²²¹ Artigo 19.º/6, al. g) e h) da Lei de Resolução.

²²² Designadamente, como nota MACHADO, Pedro, ob. cit., p. 38, objectivos de interesse público referentes à salvaguarda da estabilidade financeira e protecção dos recursos públicos.

²²³ FIGUEIREDO, André, SEQUEIRA, Manuel, ob. cit., pp. 560-562.

Pese embora, como referido por MACHADO, Pedro, ob. cit., pp. 46 e 48-49, o recurso a exclusões discricionárias demonstre claramente como o bail-in pode ficar aquém dos objectivos preconizados com a sua aplicação, concorrendo para agravar o problema do financiamento da resolução, reforçando a necessidade de observância de um dever de cuidado acrescido.

²²⁴ ANTUNES, José Engrácia, *The Management of the Bank Crisis in Portugal – Law and Practice*, p. 37.

Marco Bodellini²²⁵, a aplicação do *bail-in* poderia causar precisamente problemas que a aplicação das medidas de resolução procura evitar, designadamente o contágio, a instabilidade financeira e o risco sistémico.

Sistematizando as desvantagens do *bail-in* face ao *bailout*, Avgouleas e Goodhart²²⁶ apresentam o primeiro como (i) sendo mais propenso a efeitos de contágio e pró-ciclíco, (ii) mais litigioso, (iii) mais lento e dispendioso como processo, (iv) requerendo maiores injeções de liquidez subsequente, (v) conducente à deterioração da governança, (vi) impondo maiores custos de financiamento aos bancos, (vii) conferindo pior perspectiva aos credores de bancos e (viii) agravando os resultados *ex post*.

Tendo em conta a experiência do ordenamento são-tomense, podemos afirmar que as principais dificuldades na aplicação da medida de recapitalização interna decorrem essencialmente da natureza das dívidas detidas pelas instituições em crise. Com efeito, quando a maior parte dos credores do banco sob resolução são precisamente aqueles legalmente excluídos da aplicação desta medida (i.e. pequenos depositantes, BCSTP, o fisco e os trabalhadores da instituição sob resolução), tal aplicação fica consideravelmente comprometida ou, até mesmo, impossibilitada.

A aplicação da medida de recapitalização interna depende, pois, fortemente da existência, na estrutura de dívidas do banco sob resolução, de créditos subordinados em quantidade suficiente para absorver as perdas e permitir a sua recapitalização.

²²⁵ BODELLINI, Marco, ob. cit., p.146.

No mesmo sentido AVGOULEAS, E. e GOODHART, C., ob. cit., p. 22.

²²⁶ Idem, ob. cit., p. 28.

Tendo em conta as limitações vindas de referir sobre a aplicação do *bail-in*, acompanhamos a perspectiva de Marco Bodellini, segundo a qual a melhor alternativa passaria por uma recapitalização preventiva (*precautionary recapitalization*)²²⁷ da instituição em crise. Este autor considera que em algumas situações a utilização de fundos públicos, ao invés de medidas de resolução – nomeadamente o *bail-in* – pode-se revelar mais adequada – menos onerosa e mais benéfica – e eficaz para a prossecução do interesse público²²⁸. Na sua perspectiva, a recapitalização preventiva não é uma ferramenta a ser utilizada durante a resolução de um banco em crise, podendo ser accionada independentemente e até mesmo fora do contexto de resolução. Para o autor, quando a situação do banco em crise é susceptível de impactar a economia e gerar instabilidade no sistema financeiro, a redução e conversão das responsabilidades do banco em crise em capital social que ocorre com a recapitalização interna pode acabar por agravar os problemas que a recapitalização visaria resolver²²⁹.

1.4. Fusão potestativa

A Lei de Resolução consagra a fusão potestativa em termos muito vagos, prevendo-a no leque de medidas de resolução²³⁰ e estabelecendo, no

²²⁷ BODELLINI, Marco, ob. cit., p.153.

A recapitalização preventiva, como referem REYNOLDS, Barnabas, TEO, Ellerina, *Early Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD) Experiences: Lessons Learned from Greece*, Journal of International Banking Law and Regulation, 31, Issue 6, Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors, 2016, consiste na injeção de fundos próprios ou aquisição de instrumentos de capital como medida preventiva e temporária, necessária para lidar com défices de capital decorrentes de testes de stress ou avaliação da qualidade de activos efectuados pela autoridade reguladora.

Sobre recapitalização preventiva no âmbito da União Europeia, vide MIGLIONICO, Andrea, ob. cit., pp. 612-613.

²²⁸ BODELLINI, Marco, ob. cit., p. 161.

No mesmo sentido AVGOULEAS, E. and GOODHART, C., ob. cit., p. 29.

²²⁹ BODELLINI, Marco, ob. cit., p. 162.

²³⁰ Artigo 14.º, n.º 1, al. c) da Lei de Resolução.

artigo que consagra outras providências no âmbito da resolução, apenas que a sua aplicação é decidida pelo BCSTP quando considere que a mesma permite prosseguir as finalidades da aplicação de medidas de resolução²³¹.

Em regulamentação própria, o BCSTP prevê duas modalidades de fusão potestativa, sendo a primeira a fusão de duas ou mais instituições sob resolução e a segunda de uma ou mais instituições sob resolução com uma ou mais instituições sãs, neste último caso voluntariamente ou por imposição, mediante avaliação da viabilidade da instituição resultante da fusão²³².

Se na primeira modalidade acima enunciada o poder discricionário do BCSTP se justifica com a defesa do interesse público subjacente à recuperação das instituições sob resolução, na segunda modalidade, quando imposta, tal discricionabilidade poderá ser questionada e até mesmo considerada abusiva, consubstanciando uma ingerência injustificada da autoridade de resolução na esfera privada.

Com efeito, na modalidade em que a fusão é imposta a instituições sãs, podem-se suscitar questões como a do desrespeito por diversos princípios jurídicos, designadamente da justiça, da boa-fé e da autonomia privada, consubstanciando um ónus injustificado que se faz recair sobre o banco em situação regular, totalmente alheio à situação do banco sob resolução. Nesta perspectiva, são igualmente postos em causa os princípios orientadores da aplicação das medidas de resolução, que determinam que os accionistas e credores da instituição em crise é que devem assumir a

²³¹ Artigo 19.º, n.º 4 da Lei de Resolução.

²³² Artigo 20.º/1 da NAP 15/2017.

responsabilidade pela situação da mesma, salvaguardando o erário público e os contribuintes.

De igual modo, na medida em que seja imposta a instituições sãs a fusão potestativa pode ser dissuasora de investimentos privados, colocando em causa as garantias de segurança e certeza jurídicas, essenciais à atracção de tais investimentos. A possibilidade de um banco sã ser levado, por imposição discricionária da autoridade de resolução, a uma fusão potestativa com uma instituição sob resolução, com a qual não tem qualquer relação, coloca uma grande dose de vulnerabilidade e insegurança aos investimentos privados que, de uma hora para a outra, poderão ficar comprometidos por uma tentativa daquela autoridade para salvar a instituição sob resolução.

Pelo exposto, entendemos que, independentemente das modalidades de que se possa revestir, os efeitos preconizados com a aplicação da fusão potestativa, fundamentalmente a recuperação do banco sob resolução, podem ser alcançados mediante o recurso a outras medidas de resolução melhor reguladas e menos controversas, designadamente a alienação de actividade. Acreditamos que tenha sido nesta lógica que a norma do BCSTP previu a possibilidade de conjugação da fusão potestativa com outras medidas de resolução, designadamente a criação do banco de transição, de uma entidade de gestão de activos ou a recapitalização interna, à discricionariedade do BCSTP, com o objectivo de evitar benefícios indevidos para os accionistas do banco sob resolução e/ou de viabilizar a instituição resultante da fusão²³³.

²³³ Artigo 20.º/2 da NAP 15/2017.

2. Financiamento da aplicação de medidas de saneamento e resolução

Se para a aplicação de algumas medidas de saneamento pode ser necessária a mobilização de recursos financeiros externos à instituição em crise, na aplicação de medidas de resolução, por regra, esta mobilização é imperativa. Na previsão da Lei de Resolução o financiamento destas medidas pode advir de recursos públicos, incluindo do próprio BCSTP, além de recursos privados.

Nesta matéria, o princípio que decorre do KA 6.1 é de que as opções de financiamento de medidas de resolução (e saneamento) estejam previamente estabelecidas, evitando que, na ausência de soluções privadas, seja necessário recorrer a fontes de financiamento públicas²³⁴. Neste contexto, reconhecendo as diferenças de enquadramento entre as diversas jurisdições, os KAs (6.2) admitem três tipos de soluções de financiamento: (i) fundos de garantia de depósitos financiados pela indústria (privados); (ii) fundos de resolução financiados com recursos privados; e (iii) acesso temporário a fundos públicos num sistema que prevê a recuperação *ex post* junto da indústria²³⁵. Qualquer das três soluções previstas assenta no recurso, *ex-ante ou ex-post*, a fontes de financiamento privadas, fazendo recair a responsabilidade pela resolução de instituições em crise sobre aqueles que, directa ou indirectamente, individual ou colectivamente, beneficiam ou beneficiaram com a actividade desenvolvida pela instituição.

²³⁴ CROITORU, Oana et al., ob. cit, p. 6.

²³⁵ Idem, p. 7.

Nesta ordem de ideias, a indústria financeira, no seu conjunto, é chamada a suportar os custos decorrentes da resolução bancária.

Analisando a primeira das soluções elencadas no contexto são-tomense, a Lei de Resolução prevê várias situações de recurso ao FGG, mormente para financiamento da aplicação de medidas de resolução, as quais se juntam à vocação tradicional deste mecanismo de garantia dos depósitos constituídos junto do sistema bancário.

Sistemas de garantia de depósitos correspondem a soluções de partilha de encargos em caso de falência de instituições tomadoras de depósitos, apresentando como principais vantagens evitar que os problemas de uma instituição se alastrem para outras instituições saudáveis, reduzindo a possibilidade de uma reacção em cadeia no sistema financeiro como um todo, além de conceder maior liberdade às autoridades para deixarem instituições problemáticas falir, limitando os custos para os contribuintes²³⁶.

No contexto europeu, a Directiva de Sistemas de Garantia de Depósitos²³⁷ reconhece três tipos: sistemas de base legal, sistemas de base contratual e sistemas de protecção institucional²³⁸. O primeiro, que acaba por ser o mais comum, é estabelecido por lei e normalmente gerido por uma entidade pública. O segundo, que reveste natureza contratual, carece de reconhecimento oficial como sistema de garantia de depósitos, devendo cumprir os requisitos estabelecidos para o efeito. Finalmente, o terceiro

²³⁶ (2011) OECD Journal: Financial Market Trends, Volume 2010 Issue 2, OECD Publishing, p. 78.

²³⁷ Directiva 2014/49/EU, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0049>

²³⁸ No contexto particular da União Europeia, vide GORTSOS, Christos V., ob. cit., p. 239.

tipo, que carece igualmente de reconhecimento oficial, pode revestir natureza legal ou contratual, correspondendo a um acordo entre instituições de crédito e outras instituições financeiras com o objectivo de proteger os seus membros, assegurando particularmente a sua liquidez e solvabilidade de modo a evitar a sua insolvência, o que resulta, ainda que indirectamente, numa maior protecção dos depositantes.

Depósito, no contexto comunitário europeu, corresponde a um saldo credor (pagável ao par) que uma determinada instituição de crédito é obrigada a reembolsar de acordo com as condições legais e contratuais aplicáveis, incluindo depósitos a prazo fixo e depósitos de poupança, que decorre quer de fundos depositados numa conta quer de situações temporárias resultantes de transacções bancárias normais (p.e. saldos de transferências)²³⁹.

Alguns autores reconhecem dois grandes objectivos à instituição de sistemas de garantia de depósitos, sendo o primeiro de permitir às autoridades encerrar a instituição protegida (banco) com menos problemas sociais e consequências políticas possíveis e o segundo de evitar corridas aos depósitos²⁴⁰. Outros autores consideram como objectivos principais de tais sistemas proteger os depositantes individuais e proteger a estabilidade financeira²⁴¹. Importa realçar, neste contexto, que, independentemente da natureza do sistema de garantia de depósitos, o mesmo permite o ressarcimento dos depositantes protegidos de forma expedita, sem os atrasos característicos dos processos de insolvência,

²³⁹ GORTSOS, Christos V., ob. cit., p. 249.

²⁴⁰ AVGOULEAS, E. e GOODHART, C., ob. cit., p. 158.

²⁴¹ ALOUPI, Olga, *The Interaction of Deposit Insurance and Bank Resolution, in Particular under the Legal Framework of the European Banking Union*, Journal of International Banking Law and Regulation, #33, Thomson Reuters and Contributors, 2018, pp. 260 e 270.

com a subrogação do sistema de garantia em causa nos direitos dos depositantes protegidos face ao banco insolvente²⁴².

No contexto de São Tomé e Príncipe, a LOBCSTP consagra, desde 1992, a atribuição do BCSTP em matéria de constituição do FGG enquanto mecanismo de garantia de depósitos constituídos junto do sistema bancário²⁴³. Não obstante, até à presente data, o FGG não foi constituído, comprometendo o reembolso dos depósitos em caso de insuficiência ou inexistência de recursos do banco em crise.

Perante esta situação, nas crises registadas no sistema financeiro nacional, em que os recursos disponíveis se revelaram insuficientes para assegurar o reembolso dos depositantes, o BCSTP tem assumido a responsabilidade por tal reembolso, subrogando-se na posição destes credores face ao banco em crise. Esta solução comporta vários constrangimentos, uma vez que assegura apenas o reembolso dos pequenos depositantes, nos termos definidos casuisticamente pelo próprio BCSTP. Com efeito, não havendo uma definição normativa de pequenos depositantes, consideramos que esta solução, possível dentro do contexto, não será a mais adequada, comprometendo, pela discricionariedade de que se reveste, a confiança dos depositantes e do público em geral no sistema, uma vez que os depositantes não sabem, *a priori*, se e até que montante os seus depósitos serão protegidos.

²⁴² BAUDINO, Patrizia et al, ob. cit., p. 16.

A realização de pagamentos, no contexto de procedimentos de resolução, por Sistemas de Garantias de Depósitos na União Europeia, também determina, como evidenciado por GORTSOS, Christos V., ob. cit., p. 257, a subrogação do sistema em causa nos direitos dos depositantes ressarcidos face ao banco sob resolução.

²⁴³ Artigo 38.º, al. h) da LOBCSTP.

De igual modo, esta solução tem repercussões negativas na saúde financeira do próprio BCSTP, acabando por afectar, a médio-longo prazos, a sua situação financeira, sobretudo no caso de os recursos adiantados não serem recuperados, além de concorrer para agravar a dimensão de risco moral que por vezes se associa ao financiamento das medidas de saneamento e resolução.

Mais crítica se torna a situação quando a Lei de Resolução também prevê o recurso ao FGG no âmbito da aplicação de medidas de resolução.

Decorre daí que, no ordenamento jurídico são-tomense, o FGG tem a dupla função de garantia de depósitos e de financiamento da resolução²⁴⁴, uma solução que não é exclusiva deste ordenamento. A lógica subjacente a esta solução parece residir no facto de que, ao financiar a aplicação de medidas de saneamento e/ou de resolução, o FGG estará a contribuir para evitar a liquidação da instituição em crise, situação em que seria chamado, no âmbito da sua vocação tradicional, a reembolsar os depositantes garantidos²⁴⁵. Está-se aqui, simplesmente, a antecipar a intervenção do FGG, cumprindo os objectivos que norteiam a sua existência.

Neste contexto e de forma a assegurar que o FGG não incorre em custos superiores aos que suportaria numa situação de reembolso de depósitos garantidos, pode-se aplicar, entre outros critérios estabelecidos a nível internacional, designadamente pela IADI, o denominado “teste do menor custo líquido”²⁴⁶, consubstanciado na definição de um limite que evite que o FGG injecte na resolução recursos superiores ao custo líquido estimado

²⁴⁴ CROITORU, Oana et al, ob. cit., p. 9.

²⁴⁵ ALOUPI, Olga, ob. cit., pp. 259 e 262.

²⁴⁶ CROITORU, Oana et al, ob. cit., pp. 10 e 13.

em que incorreria com o reembolso dos depósitos em caso de liquidação da instituição em crise²⁴⁷. Trata-se, no fundo, de aplicar o princípio NCWO ao sistema de garantia de depósitos quando este concorra para o financiamento da resolução²⁴⁸.

No contexto já caracterizado acima, de forte limitação de recursos públicos e privados, o FGG, se existisse, poderia jogar um papel essencial na disponibilização de recursos financeiros, seja para o reembolso dos depósitos garantidos seja para a aplicação de medidas de saneamento e/ou de resolução em São Tomé e Príncipe.

No entanto, em face da inexistência de tal Fundo, o que se assiste é a uma maior oneração financeira do BCSTP na prossecução das atribuições em matéria de garantia de depósitos e de aplicação de medidas de resolução, justificada pela necessidade de salvaguardar a confiança e o interesse dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro. Pelos motivos já acima referidos, mormente em termos de implicações financeiras para o próprio BCSTP, importa resolver esta situação com carácter de urgência.

Para o efeito, tomando em consideração as melhores práticas neste domínio, é nosso entendimento que o BCSTP deverá promover, de uma vez por todas, a constituição do FGG, em cumprimento do estabelecido na sua Lei Orgânica, definindo as regras do respectivo funcionamento e o montante das contribuições a serem assumidas pelos bancos que compõem o sistema financeiro nacional.

²⁴⁷ ALOUPI, Olga, ob. cit., p. 264.

²⁴⁸ Idem, p. 265.

É certo que, num contexto de grandes constrangimentos financeiros, o BCSTP terá de participar a constituição do FGG, disponibilizando parte dos recursos necessários para o efeito, uma solução defendida por certa doutrina e adoptada em diversos ordenamentos jurídicos.

Obviamente que não se espera que a constituição do FGG opere milagres, mormente obviando o recurso a fundos públicos para a recuperação de instituições bancárias em crise²⁴⁹. Na verdade, mesmo em países com sistemas financeiros que incluem mecanismos mais sofisticados de garantia de depósitos e de financiamento da resolução, há sempre um risco residual de o Estado ser chamado a intervir para estabilizar o sistema financeiro num contexto de crise²⁵⁰. Não obstante, sempre se poderá defender que a existência do FGG permitirá, no mínimo, reduzir os custos para o erário público e os contribuintes²⁵¹, o que, no caso de São Tomé e Príncipe, ainda não se logrou alcançar devido à inexistência de tal Fundo, sendo todos os custos imputados ao erário público.

Importa realçar, neste contexto, a necessidade de assegurar que a contribuição do sistema de garantia de depósitos para o financiamento da resolução deverá limitar-se ao mínimo possível, evitando decorrências desta solução em termos de agravamento do risco moral²⁵², levando a que as instituições bancárias tendam a relaxar em termos de gestão prudente e equilibrada, seguras de que em caso de necessidade serão “salvas” pelo Estado.

²⁴⁹ ANTUNES, José Engrácia, *The Management of the Bank Crisis in Portugal – Law and Practice*, p. 39.

²⁵⁰ (2011) OECD Journal: Financial Market Trends, ob. cit., p. 77.

²⁵¹ Idem, p. 87.

²⁵² ALOUPI, Olga, ob. cit., p. 269.

Em relação à segunda opção de financiamento, reconhecida a nível internacional, que consiste na instituição de fundos de resolução financiados com recursos privados, justifica-se fundamentalmente pelo facto de, em determinadas situações, seja pela natureza sistémica da instituição em crise seja pela generalidade da crise, as necessidades de financiamento serem muito elevadas, ultrapassando a capacidade dos sistemas de garantia de depósitos e colocando problemas sérios em relação à dimensão “óptima” dos fundos, custos de oportunidade e impacto do risco moral²⁵³. Com efeito, a dependência de um sistema de garantia de depósitos para o financiamento da resolução será pouco aconselhável em países que apresentem sistemas com défice de financiamento e capacidade limitada do Estado para apoiar tal Fundo²⁵⁴, como é o caso de São Tomé e Príncipe. Assim, na opção pela instituição de fundos de resolução financiados com recursos privados, tais fundos seriam exclusivamente vocacionados para o financiamento da aplicação de medidas de resolução, cujos recursos adviriam de contribuições da indústria financeira, evitando-se deste modo a oneração dos sistemas de garantia de depósitos, caso existam, e sobretudo a utilização de recursos públicos.

As duas opções enunciadas constituem soluções de financiamento *ex ante*, com a natureza próxima de um seguro, o que, além de, por princípio, ser financeiramente insuficiente para lidar com a crise, poderá contribuir para aumentar o risco moral associado, uma vez que a indústria – que é chamada a financiar uma e outra solução – tenderá a vê-las não como uma resposta de política excepcional mas como um direito adquirido²⁵⁵.

²⁵³ CROITORU, Oana et al, ob. cit., p. 12.

²⁵⁴ Idem, p. 13.

²⁵⁵ (2011) OECD Journal: Financial Market Trends, ob. cit., p. 94.

Em face do acima referido, consideramos que, no contexto são-tomense, pelos motivos e dificuldades referidos a propósito da constituição do FGG, a instituição de fundos de resolução autónomos com recursos privados, ou seja, mediante contribuições da indústria financeira – que, como refere Lobo Xavier²⁵⁶, funcionariam como o pagamento de um prémio de seguro – se afigura totalmente inviável, sendo mais defensável e viável, tal como apresentado por CROITORU et al²⁵⁷, a constituição do FGG com a dupla função de garantia de depósitos e de financiamento da aplicação de medidas de saneamento e/ou de resolução. Com efeito, mais facilmente se concretizaria a instituição do FGG, há largos anos previsto na lei, com esta dupla função, do que tentar, face às dificuldades sobejamente evidenciadas de criação do FGG, avançar com a instituição de um fundo de resolução autónomo com recursos mobilizados junto da indústria financeira.

No que respeita à solução que consiste no acesso temporário a fundos públicos num sistema que prevê a recuperação *ex post* junto da indústria, a Lei de Resolução consagra a possibilidade de concessão de financiamento pelo FGG, pelo Governo ou por qualquer entidade pública designada para o efeito, com o objectivo de facilitar a aplicação de medidas de saneamento ou de resolução²⁵⁸. Na mesma linha, a Lei estabelece a possibilidade de prestação de assistência financeira temporária e de último recurso – quando não haja recursos públicos ou privados disponíveis – pelo BCSTP, com o objectivo de apoiar a aplicação da administração provisória ou de medidas de resolução, preenchidos os requisitos fixados para o efeito²⁵⁹. Note-se que esta solução de acesso

²⁵⁶ XAVIER, Pedro Lobo, ob. cit, p.193.

²⁵⁷ CROITORU, Oana et al, ob. cit., p. 17.

²⁵⁸ Artigo 33.º/1 da Lei de Resolução.

²⁵⁹ Artigo 33.º/2 da Lei de Resolução.

temporário a fundos públicos com recuperação *ex post* junto da indústria não substitui a instituição de um mecanismo próprio de financiamento da resolução, sendo apenas complementar deste²⁶⁰.

Em alguns contextos, esta solução passa pela instituição de taxas ou impostos sobre o sector financeiro, seja com o objectivo de financiar a aplicação de medidas de resolução seja com o objectivo de reduzir o risco sistémico. Tal solução poderá, contudo, ser problemática caso não se introduza alguma distinção entre as instituições que contribuíram para a crise e as que nada tiveram a ver com a mesma, na medida em que tenderá a penalizar aquelas que sobreviveram à crise em virtude da sua boa performance²⁶¹. Já quando as taxas ou impostos são pagos apenas pelas instituições que contribuíram para a crise e que por isso beneficiaram do apoio governamental, pode-se considerar as referidas taxas ou impostos como uma forma de prémio *ex post* pago pelo apoio recebido durante a crise²⁶², afigurando-se mais justa do que a primeira.

Em todo o caso, como referido na secção 6 do capítulo III, importa recordar que quaisquer recursos públicos mobilizados para financiamento de um processo de saneamento ou de resolução gozam de preferência especial na graduação dos créditos em sede de liquidação da instituição em crise, sobrepondo-se a quaisquer outros créditos, o que, em princípio, garante a recuperabilidade de tais recursos.

²⁶⁰ CROITORU, Oana et al, ob. cit., p. 8.

²⁶¹ (2011) OECD Journal: Financial Market Trends, ob. cit., p. 83.

²⁶² Idem, p. 84.

3. Liquidação da Instituição em Crise

Outro grupo de questões que tem gerado complicações no quadro da aplicação de medidas de resolução respeita ao regime de liquidação de instituições bancárias em crise.

Dadas as características específicas do negócio bancário, mormente as funções essenciais que o mesmo desempenha no desenvolvimento da actividade económica e que justificam, entre outros, os poderes de resolução acima explicitados, o regime comum de falência e liquidação de sociedades comerciais revela-se desadequado aos bancos.

Tal se deve, na perspectiva de alguns autores, a dois motivos: primeiro, porque o regime comum não comporta qualquer preocupação com a estabilidade do sistema financeiro; e, depois, porque a sua aplicação pressupõe uma efectiva situação de insolvência técnica ou iminente, a chamada *balance sheet insolvency*²⁶³. Ou seja, o regime comum de falência e liquidação de sociedades comerciais não se compadece com as especificidades dos bancos, revelando-se muito moroso e rígido²⁶⁴, sem possibilidade de acção preventiva ou correctiva, de modo a assegurar a continuidade das funções bancárias essenciais²⁶⁵.

²⁶³ SILVA, Mariana Duarte, ob. cit., p. 381.

²⁶⁴ Idem, p. 387: “Em particular, as exigências técnicas da liquidação de uma instituição de crédito e a necessidade de assegurar a sua eficiência e celeridade são dificilmente conciliáveis com a morosidade e garantismo do processo judicial.”

²⁶⁵ ANTUNES, José Engrácia, *A Resolução Bancária*, p. 458: “(...) o regime comum da insolvência (...) mostra-se inadequado e incapaz para fazer face às especificidades das crises bancárias, onde estão também manifestamente envolvidos interesses públicos: dada a natureza pública das funções essenciais desempenhadas pelas instituições de crédito (...).

Também HEDDEGHEM, Egidius Van, ob. cit., p. 71: “While general bankruptcy law concentrates on liquidating insolvent businesses, bank resolution focuses on maintaining core functions. Therefore general bankruptcy law is unsuited to deal with banks”.

Os mesmos autores referem que, dado o impacto da falência das instituições de crédito no financiamento da economia, justifica-se a existência e aplicação de um regime especial de saneamento e liquidação para estas instituições, que assegure quer a protecção dos depositantes, enquanto tipo especial de credores, quer a intervenção das autoridades de supervisão e/ou de resolução. Nesta perspectiva, a protecção dos depositantes assenta na necessidade de salvaguardar a estabilidade do sistema financeiro, evitando corridas aos depósitos que decorreriam da perda de confiança dos mesmos, assentando igualmente num imperativo maior de justiça, uma vez que os depositantes, de modo geral, não conseguem avaliar as condições de solvabilidade e liquidez das instituições de crédito com que se relacionam²⁶⁶.

Decorre daí que a falência e liquidação de bancos deve ter um regime próprio, com legislação e instâncias (tribunais ou entidades administrativas) especializadas e adequadas às suas especificidades.

Neste quadro, a Lei de Resolução estabelece um regime de liquidação extrajudicial potestativa²⁶⁷, uma modalidade administrativa e mais expedita de liquidação de instituições bancárias, já analisada acima na secção 5 do capítulo III. Este regime é consagrado como regra geral, sendo apenas afastado em caso de prática de actos dolosos ou de insuficiência de activos para satisfação de, pelo menos, metade do valor dos créditos quirografários, situações que impõem a necessidade de intervenção judicial para a liquidação.

²⁶⁶ SILVA, Mariana Duarte, ob. cit., p.381.

²⁶⁷ Capítulo III da Lei de Resolução.

O principal problema surge precisamente quando não se mostra possível proceder à liquidação extrajudicial, remetendo-se para a via judicial, cujo procedimento é, como acima referido, muito moroso e desadequado às especificidades do negócio bancário. A título de exemplo, temos o caso do banco submetido a liquidação – judicial – após a instituição do regime constante na Lei de Resolução, cuja falência foi decretada logo no início de 2016, decorrendo o correspondente processo de liquidação até aos dias de hoje, com muitas perdas em termos financeiros e reputacionais para o sistema.

Com efeito, como referido na secção 5 do capítulo III supra, ainda vigora no ordenamento jurídico são-tomense o regime de liquidação de instituições bancárias aprovado pelo Decreto-Lei n.º 30:689, publicado a 6 de Dezembro de 1946, o mesmo que vigorou em Portugal até 2006. Em face da acentuada desadequação do referido regime, a liquidação de instituições bancárias tem sido muitas vezes processada num regime que conjuga a liquidação de sociedades em geral, nos termos do Código de Processo Civil²⁶⁸, com o regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 30:689.

Nenhuma das soluções legais de liquidação se coaduna com a celeridade e especialidade de tratamento que devem nortear a liquidação de instituições bancárias, comprometendo séria e irremediavelmente a protecção dos depositantes e a necessária intervenção das autoridades de supervisão e/ou de resolução que, noutras jurisdições, têm determinado a adopção de regimes especiais de liquidação deste tipo de instituições.

²⁶⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44129, de 01/01/1963, entretanto alterado sucessivas vezes.

VI. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

O regime legal de prevenção, saneamento, resolução e liquidação de instituições bancárias, instituído em São Tomé e Príncipe em 2015, veio consagrar poderes que permitem à autoridade pública competente – o BCSTP – adoptar medidas para regularização da situação daquelas instituições ou, no limite, para a sua liquidação célere e ordenada. O regime assim instituído tem como objectivo salvaguardar a solidez financeira das instituições em crise, os interesses e a confiança dos depositantes e bem assim a estabilidade do sistema financeiro, consubstanciando um interesse público superior que justifica que os poderes conferidos à autoridade de resolução se sobreponham à vontade e aos interesses dos accionistas e determinados credores da instituição em causa.

O mesmo interesse público justifica, no regime instituído, a opção pela aplicação de medidas de resolução em detrimento da liquidação, num contexto em que, por princípio, a resolução apenas deve ser aplicada quando, do ponto de vista económico, seja menos onerosa que a liquidação.

Grosso modo, a Lei de Resolução são-tomense segue as directrizes e práticas estabelecidas internacionalmente, apresentando algumas especificidades decorrentes do contexto, mormente no que toca às medidas de resolução propriamente ditas, ao financiamento das medidas de saneamento e resolução e ao regime de liquidação, suscitando algumas questões de ordem prática relevantes.

No que concerne às medidas de resolução, além dos instrumentos previstos em outros regimes, designadamente (i) a alienação parcial ou total da actividade para um banco de transição, para uma ou mais instituições autorizadas a exercer a actividade bancária ou para uma ou mais entidades de gestão de activos e (ii) a recapitalização interna (ou *bail-in*), a Lei de Resolução consagra outras possibilidades como a fusão potestativa e outras medidas cabíveis para assegurar uma resolução ordenada da instituição em crise, baseada em boas práticas ou normas do BCSTP, estas por sua vez assentes em boas práticas e padrões internacionais. As medidas assim definidas consubstanciam a atribuição, à autoridade de resolução, dos mais amplos poderes sobre os bancos, que vão da substituição de administradores à substituição de accionistas, passando pela transferência de activos do banco em crise para terceiros ou pelo cancelamento de acções com a subsequente emissão de novas.

No que respeita ao financiamento, decorre da análise do regime vigente que este é o aspecto que suscita as principais dificuldades na aplicação das medidas de saneamento e de resolução no ordenamento são-tomense, contrariando os princípios internacionalmente estabelecidos sobre a matéria. Com efeito, dada a exiguidade do mercado financeiro e a limitação de recursos nele existentes, a Lei de Resolução consagra a possibilidade de injeção de recursos públicos para financiamento da aplicação de tais medidas, mormente a medida de (saneamento) designação de administradores provisórios e as medidas de resolução propriamente ditas. Os recursos públicos assim previstos poderão advir do FGG, do Governo ou de qualquer outra entidade pública designada para o efeito ou, ainda, a título excepcional e em circunstâncias bem delimitadas na Lei, do BCSTP. Na realidade prática em análise, depreende-se que a utilização destes recursos apresenta-se como condição essencial para

viabilizar a recuperação da instituição em crise e, conseqüentemente, para a prossecução do triplo objectivo que norteia a aplicação das referidas medidas, designadamente salvaguardar a solidez financeira das instituições em crise, os interesses e a confiança dos depositantes e bem assim a estabilidade do sistema financeiro.

Ainda a propósito do financiamento, deve ser evidenciada a consagração da possibilidade de recurso a fontes de financiamento privadas para a constituição do banco de transição que, apesar de se justificar por ser a solução mais viável para a concretização deste instrumento de resolução, compromete sobremaneira a observância de princípios fundamentais que norteiam a aplicação de medidas de resolução.

Neste contexto, merece especial menção a inexistência de qualquer mecanismo de garantia de depósitos e/ou de financiamento da resolução que permita, ao menos, minimizar os custos de eventuais crises bancárias para o erário público. Efectivamente, não obstante a sua previsão legal como mecanismo de garantia de depósitos desde 1992, até hoje não foi constituído o FGG, tendo-se entretando juntado àquela atribuição, por força da Lei de Resolução, a função de financiamento da aplicação de medidas de saneamento e resolução, onerando financeiramente e em exclusivo o BCSTP nas várias crises vivenciadas nos últimos anos.

Finalmente, no que diz respeito à falência e liquidação de instituições em crise, a Lei de Resolução consagra um regime especial para as instituições bancárias, privilegiando a via extrajudicial, mais célere e especializada, para a liquidação, que é afastada apenas em caso de existência de indícios de falência dolosa ou de os activos não serem suficientes para cobrir, pelo menos, metade do valor dos créditos quirografários. O

problema surge precisamente quando não é possível proceder à liquidação extrajudicial, remetendo-se para a via judicial, cujo procedimento é muito moroso e desadequado às especificidades do negócio bancário, mormente no que respeita à continuidade das funções essenciais e à protecção dos depositantes.

Neste contexto, consideramos premente a redefinição de alguns aspectos do regime de resolução vigente, tornando-o mais eficaz. Com efeito, o regime de resolução bancária, tal como definido internacionalmente, não serve da mesma forma os diferentes contextos económico-financeiros, sendo necessário ajustá-lo a cada realidade em que se aplique. Na linha do referido por Gurrea-Martínez e Remolina²⁶⁹ a propósito dos requisitos de capital estabelecidos pelo Comité da Basileia, consideramos que não existe uma solução *one-size-fits-all* de resolução bancária, sendo necessário introduzir algumas adaptações que, sem desconsiderar as recomendações e a experiência internacionais nesta matéria, se mostrem capazes de adequar o regime de resolução bancária às prioridades, objectivos, infraestruturas e problemas financeiros existentes no contexto concreto, sob pena de a sua aplicação poder ter efeitos contraproducentes.

Como bem nota Nuno Garoupa²⁷⁰, “os aspetos políticos, regulatórios e jurídicos são essenciais para explicar a necessidade e a capacidade da medida de resolução bancária produzir os resultados pretendidos (...)”, afigurando-se necessário que “futuras medidas de resolução bancária

²⁶⁹ GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio, REMOLINA, Nydia, *The Dark Side of Implementing Basel Capital Requirements: Theory, Evidence and Policy*, Journal of International Economic Law, Oxford University Press, 2019, pp. 140-143.

²⁷⁰ GAROUPA, Nuno, ob. cit., p. 5.

combinem as preocupações de natureza técnica com os custos de contexto.” Na perspectiva deste autor, que acompanhamos, “uma medida de resolução bancária depende de duas dimensões importantes. Em primeiro lugar, da sua qualidade técnica, no sentido formal e literal, que corresponda à melhor solução para a deficiência bancária a suprir. Em segundo lugar, da credibilidade dessa mesma medida, de forma a reduzir os custos de contexto em que opera o mercado bancário e, mais genericamente, a economia. Evidentemente que a qualidade técnica importa para a credibilidade da medida de resolução bancária. Mas os aspetos regulatórios, políticos e jurídicos são determinantes para os custos de contexto e podem mesmo subverter a qualidade técnica da resolução. Uma boa medida de resolução bancária do ponto de vista técnico pode ser completamente ineficaz se os aspetos regulatórios, políticos e jurídicos a descredibilizarem. Uma menos boa medida de resolução bancária do ponto de vista técnico pode ser bem mais útil se os aspetos regulatórios, políticos e jurídicos a reforçarem na sua eficácia e eficiência.”²⁷¹

Nesta perspectiva, consideramos que uma solução óptima passa desde logo por envolver devida e adequadamente os diferentes *stakeholders* na definição do regime de resolução aplicável, ajustado à realidade do país²⁷².

Assim, em face da realidade são-tomense, mormente caracterizada pela reduzida dimensão do sistema financeiro, fortes limitações de recursos públicos e privados, regime de liquidação judicial muito moroso e desajustado às especificidades do sistema financeiro e inexistência (por ora) de um fundo de garantia de depósitos e/ou de resolução,

²⁷¹ GAROUPA, Nuno, ob. cit., pp. 7-8.

²⁷² GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio, REMOLINA, Nydia, ob. cit., p. 152.

consideramos recomendável a introdução de ajustes ao regime de saneamento e resolução de instituições bancárias, com destaque para:

A. No que respeita à aplicação de medidas previstas na Lei de Resolução, revisão do leque de medidas passíveis de aplicação, transferindo desde logo a apresentação do plano de recuperação e saneamento do conjunto das medidas de saneamento para as medidas preventivas, assegurando a sua eficácia e tempestividade.

De igual modo, consideramos que a fusão potestativa deveria ser suprimida do leque de medidas de resolução porquanto, quando imposta a instituições sãs, põe em causa princípios jurídicos fundamentais como o da justiça, da boa-fé e da autonomia privada, revelando-se dissuasora da iniciativa privada. A nossa posição justifica-se igualmente do ponto de vista objectivo/económico uma vez que, dado o carácter assaz intrusivo e largamente irreversível (ou reversível apenas com custos muito significativos) desta medida, não será de descurar a possibilidade da sua aplicação excessiva e/ou errónea com base em falsos positivos (i.e. instituições que são identificadas como possíveis candidatas à fusão potestativa e que na verdade não o são), que poderá ser, em última análise, contraproducente, sobretudo num contexto de um sistema financeiro de reduzida dimensão e fortemente concentrado como o são-tomense.

Ainda em relação à aplicação de medidas de resolução, conforme referido acima na secção 1.3 do capítulo V, aventaríamos a possibilidade de introduzir a previsão, na Lei de Resolução, de recapitalização preventiva (*precautionary recapitalization*) como solução alternativa ao *bail-in*, podendo ser accionada independentemente e até mesmo fora do contexto

de resolução, apresentando-se menos onerosa e mais benéfica que esta medida de resolução.

B. Relativamente ao financiamento de medidas de saneamento e de resolução, a criação, de uma vez por todas, do Fundo Geral de Garantia com a dupla função de reembolso dos depósitos garantidos e de financiamento da aplicação de medidas de saneamento e/ou de resolução, como forma de assegurar a disponibilidade de recursos financeiros em face da forte limitação de recursos públicos e privados, desonerando desta forma – ainda que não na totalidade – o BCSTP da responsabilidade que tem vindo a suportar neste domínio. Desta forma, seriam definidas as modalidades de contribuição da indústria financeira e bem assim de desembolso e reembolso dos fundos disponibilizados. É certo que, como referido na secção 2 do capítulo V supra, num contexto de grandes constrangimentos financeiros o BCSTP teria de participar a constituição do FGG, disponibilizando parte dos recursos necessários para o efeito mas, dado o ónus que a instituição tem vindo a suportar, enquanto autoridade supervisora e de resolução, em caso de crise de alguma instituição financeira, acreditamos que valerá a pena o esforço, sendo perfeitamente equacionável neste contexto a possibilidade de mobilização de apoios internacionais para a constituição do Fundo.

C. No que toca à liquidação de bancos em crise, impõe-se a necessidade de regulamentação do regime de liquidação extrajudicial potestativa consagrado na Lei de Resolução, acompanhada da devida capacitação dos potenciais liquidatários, para assegurar a sua efectiva e eficaz aplicação. Com efeito, a especificidade do regime e do negócio bancário impõem uma especificação das regras e a especialização daqueles que devem conduzir o processo de liquidação, sob pena de não

se alcançar o efeito útil preconizado com a instituição de tal regime de liquidação extrajudicial.

Por último, mas não menos importante, recomendamos a actualização urgente do regime de falência e liquidação judicial de instituições financeiras, aplicável em caso de prática de actos dolosos ou de insuficiência de activos para satisfazer pelo menos metade dos credores quirografários, imprimindo ao mesmo maior celeridade e especialização para lidar com a falência de instituições bancárias. Na verdade, o regime de falência e liquidação vigente, além de bastante ultrapassado, não se compadece com as especificidades do negócio bancário, revelando-se muito moroso e rígido, sem possibilidade de intervenção preventiva ou correctiva da autoridade de supervisão e/ou de resolução, de modo a assegurar a continuidade das funções bancárias essenciais e também a salvaguardar o interesse dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro. Neste contexto, é também fortemente recomendável a aposta na capacitação e especialização dos principais intervenientes no processo de falência e liquidação judicial de instituições financeiras, de modo a assegurar a sua efectividade, eficácia e tempestividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALBUQUERQUE, Mariana Solá de, BRANCO, Luís, *Resolving Banco Espírito Santo: An overview of the application of Recovery and Resolution Measures in Portugal*, Journal of International Banking Law and Regulation, 31, Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors, 2016
2. ALOUPI, Olga, *The Interaction of Deposit Insurance and Bank Resolution, in Particular under the Legal Framework of the European Banking Union*, Journal of International Banking Law and Regulation, #33, Thomson Reuters and Contributors, 2018
3. ANTUNES, José Engrácia, *A Resolução Bancária*, Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Universidade do Minho, Tomo LXVI, Nº 345 – Setembro/ Dezembro, 2017
4. ANTUNES, José Engrácia, *The Management of the Bank Crisis in Portugal – Law and Practice*, European Banking Institute (EBI) Working Paper Series, 2017 – nº 4
5. ARMOUR, John, *Making Bank Resolution Credible*, ECGI Working Paper Series in Law, Nº 244/2014, University of Oxford and ECGI, February 2014
6. AVGOULEAS, E. and GOODHART, C., *Critical Reflections on Bank Bail-ins*, Journal of Financial Regulation, 2015, 3-29, Oxford University Press
7. AZEVEDO, Nuno Saldanha, *Medidas de resolução no sector bancário: O novo paradigma da Directiva 2014/59/EU*, Estudos, Instituto dos Valores Mobiliários
8. BABIS, Valia SG, *Bank Recovery and Resolution: What About Shareholder Rights?*, Paper nº 23/2012, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, Faculty of Law, September 2012
9. BARBOSA, Mafalda Miranda, *A propósito do caso BES: algumas notas acerca da medida de resolução*, Boletim de Ciências Económicas, Volume LVIII, 2015, Coimbra
10. BAUDINO, Patrizia, GAGLIANO, Antonella, RULLI, Edoardo, WALTERS, Ruth, *How to manage failures of non-systemic banks? A review of country practices*, FSI Insights on policy implementation, Nº 10, Bank for International Settlements, October 2018
11. BODELLINI, Marco, *Greek and Italian ‘Lessons’ on Bank Restructuring: Is Precautionary Recapitalisation the Way Forward?*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Cambridge, 2017
12. CROITORU, Oana, DOBLER, Marc and MOLIN, Johan, *Resolution Funding: Who Pays When Financial Institutions Fail*, Monetary and Capital Markets Department, International Monetary Fund, Technical Notes and Manuals, June 2018
13. DEWATRIPONT, Mathias, FREIXAS, Xavier, *Bank resolution: a framework for the assessment of regulatory intervention*, Oxford Review of Economic Policy, Volume 27, Number 3, 2011

14. European Banking Authority – EBA/GL/2017/04, *Final Guidelines on the treatment of shareholders in bail-in or the write-down and conversion of capital instruments*
15. FERREIRA, Eduardo Paz, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Fundamentos da resolução bancária: a propósito do caso BES e da legitimidade da deliberação de resolução aplicada*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IX (2017), 2, Instituto de Direito Privado, Almedina
16. FIGUEIREDO, André, SEQUEIRA, Manuel, *Medidas de resolução bancária – bail-in e governance da instituição de crédito sujeita a resolução*, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VIII (2016), 3, Instituto de Direito Privado, Faculdade de Direito de Lisboa
17. GARDELLA, Anna, *BAIL-IN AND THE TWO DIMENSIONS OF BURDEN-SHARING*, in *ECB Legal Conference 2015*, European Central Bank, 2015
18. GAROUPA, Nuno, *As Dimensões Esquecidas das Medidas de Resolução Bancária / The Forgotten Aspects of Bank Resolution Mechanisms*, E-Pública – *Revista Electrónica de Direito Público*, Vol. 3, Nº 7, 2016
19. GIÃO, João Sousa, *Os Instrumentos de Recapitalização Bancária do Mecanismo Europeu de Estabilidade / Bank Recapitalization Instruments under the European Stability Mechanism*, E-Pública – *Revista Electrónica de Direito Público*, Vol. 3, Nº 7, 2016
20. GONÇALVES, Maria do Rosário de Carvalho Lira Ferreira Soares, *A Resolução Bancária e o Saneamento das Instituições de Crédito. Uma Mudança de Paradigma*, Tese de Mestrado em Direito das Empresas, ISCTE – IUL, 2015
21. GOODHART, Charles A. E., *The Regulatory Response to the Financial Crisis*, CESifo Working Paper Series No. 2257, 2008
22. GORTSOS, Christos V., *The evolution of European (EU) Banking Law under the influence of (public) International Banking Law: A comprehensive overview*, Second (fully updated) edition, 2019
23. GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio, REMOLINA, Nydia, *The Dark Side of Implementing Basel Capital Requirements: Theory, Evidence and Policy*, *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2019
24. HEDDEGHEM, Egidius Van, *Bank resolution and Fundamental Rights*, *Faculteit Rechtsgeleerdheid, Universiteit Gent, Academiejaar 2013-2014*
25. HU, Chen Chen, *The Regulation and Supervision of Banks – The Post Crisis Regulatory Responses of the EU*, *Routledge Research in Finance and Banking Law*, Routledge, 2018
26. JANSSEN, Lynette, *Bail-in from an Insolvency Law Perspective*, *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2018, Volume 33, Issue 1
27. JOOSEN, Bart, *Bail In Mechanisms in the Bank Recovery and Resolution Directive*, 5, *Netherlands Association for Comparative and International Insolvency Law, Working Paper*, 2014
28. MACHADO, Bárbara Gomes, *A Resolução Bancária, A Resolução Bancária*, tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018

29. MACHADO, Pedro, *Bail-In as New Paradigm for Bank Resolution: Discretion and the Duty of Care / O Bail-In enquanto Novo Paradigma para a Resolução Bancária: Discricionariedade e Dever de Cuidado*, E-Pública – Revista Electrónica de Direito Público, Vol. 3, Nº 7, 2016
30. MARTINS, Alexandre Soveral, *Medidas de resolução das instituições de crédito: a transferência da actividade para um banco de transição*, II Congresso de Direito Bancário (Coord. L. Miguel Pestana de Vasconcelos), Almedina, 2017
31. MAYES, David G., *Who pays for bank insolvency*, Journal of International Money and Finance, Elsevier, 2004
32. MIGLIONICO, Andrea, *Rescuing Failing Banks for Financial Stability: The Unintended Outcomes of Bail-in Rules*, International Company and Commercial Law Review, Vol. 29, Issue 10, 2018
33. MONTEIRO, Nuno Líbano, *As medidas legais de salvaguarda da solidez das Instituições Financeiras, dos interesses dos depositantes e da estabilidade do sistema*, II Congresso de Direito da Insolvência (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2014
34. PHILIPPON, Thomas, SALORD, Aude, *Bail-ins and Bank Resolution in Europe – A Progress Report*, Geneva Reports on the World Economy Special Report 4, ICMB, 2017
35. REYNOLDS, Barnabas, TEO, Ellerina, *Early Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD) Experiences: Lessons Learned from Greece*, Journal of International Banking Law and Regulation, 31, Issue 6, Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors, 2016
36. ROCIO, Joana, *A Medida de Resolução no Caso BES – Uma análise do mecanismo de resolução aplicado ao Banco Espírito Santo*, Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa), tese de Mestrado em Direito Empresarial, ano lectivo 2014/2015
37. RUCCIA, N. (2017), *The role of the private sector in resolution for banks*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 57, 615-640
38. RULLI, Edoardo, *Primi casi di risoluzione bancaria assistita da fondi: l' intervento del fondo nazionale di risoluzione. Rapporti tra fondo nazionale e single resolution fund*, in Banca Borsa Titoli di Credito, Milano, Vol. LXIX - Nuova serie - Maggio-Giugno 2016 (3)
39. SCHELO, Sven, *Bank Recovery and Resolution*, International Banking and Finance Law Series, Volume 26, Kluwer Law International, 2015
40. SILVA, Mariana Duarte, *Os novos regimes de intervenção e liquidação aplicáveis às instituições de crédito*, in O Novo Direito Bancário (Paulo Câmara/ Manuel Magalhães, coord.), Almedina, Coimbra, 2012
41. WEISMANN, Paul, *Banking Crisis and banks in crisis: from state aid to bank resolution*, European Competition Law Review, 37, Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors, 2016
42. XAVIER, Pedro Lobo, *Das Medidas de Resolução de Instituições de Crédito em Portugal – Análise do Regime dos Bancos de Transição*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, número 18, 2014

Online:

43. <https://bcstp.st/Instituicoes-Financeiras-Detalhes?cod=BAN>
44. <https://bcstp.st/Instituicoes-Financeiras-Detalhes?cod=SEG>
45. <https://bcstp.st/Instituicoes-Financeiras-Detalhes?cod=CAM>
46. <https://www.bistp.st/inicio/institucional/quem-somos/estrutura-accionista/>
47. Basel Committee on Banking Supervision, *Supervisory guidelines for identifying and dealing with weak banks*, 2014, p. 7, disponível em <https://www.bis.org/publ/bcbs285.pdf>
48. Financial Stability Board, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 2014, disponível em <https://www.fsb.org/2014/10/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions-2/>
49. FSB/IMF/BIS (2009), *Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments, - Initial Considerations*, disponível em <http://www.bis.org/publ/othp07.htm>
50. International Association of Deposit Insurers (2014), *IADI Core Principles for Effective Deposit Insurance*, disponível em [https://www.iadi.org/en/assets/File/Core Principles/cprevised2014nov.pdf](https://www.iadi.org/en/assets/File/Core%20Principles/cprevised2014nov.pdf)
51. (2011) OECD Journal: *Financial Market Trends*, Volume 2010 Issue 2, OECD Publishing, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/fmt-v2010-2-en>
52. Relatório do Inquérito à Inclusão Financeira, disponível em http://www.inclusaofinanceira.st/Files/Eventos/Relatorio_Inquerito_IF_24_04_2019.pdf

NORMAS:

53. Lei n.º 6/2015, de 30 de Dezembro
54. NAP 11/2017, de 07/07/2017.
55. NAP 12/2017, de 07/07/2017.
56. NAP 14/2017, de 07/07/2017.
57. NAP 15/2017, de 07/07/2017.
58. Directiva 2014/49/EU, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0049>.

ÍNDICE

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO DE ANTI-PLÁGIO.....	Erro! Marcador não definido.
DEDICATÓRIA.....	ii
AGRADECIMENTOS.....	iv
MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES	v
ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS	vi
NÚMERO TOTAL DE CARACTERES.....	vii
RESUMO	viii
ABSTRACT.....	ix
INTRODUÇÃO	1
I. BREVE CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO SÃO-TOMENSE.....	3
II. MEDIDAS ESPECIAIS DE PREVENÇÃO, SANEAMENTO, RESOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS – ANTECEDENTES DA SUA INSTITUIÇÃO	6
III. A LEI N.º 6/2015, QUE ESTABELECE MEDIDAS ESPECIAIS DE PREVENÇÃO, SANEAMENTO, RESOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS.....	9
1. Disposições Gerais	12
2. Medidas Preventivas e Correctivas	14
3. Providências de Saneamento.....	18
5. Falência e Liquidação.....	21
6. Financiamento.....	29
IV. O REGIME DE RESOLUÇÃO BANCÁRIA.....	33
V. QUESTÕES DECORRENTES DA IMPLEMENTAÇÃO DO REGIME DE RESOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO BANCÁRIA	49
1. Aplicação de Medidas de Resolução	49
1.1. Alienação Parcial ou Total da Actividade	49
1.2. Criação do Banco de Transição.....	56
1.3. Recapitalização Interna	63
1.4. Fusão potestativa	71
2. Financiamento da aplicação de medidas de saneamento e resolução	74
3. Liquidação da Instituição em Crise.....	84
VI. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES.....	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95