

O PIONEIRISMO DO CASO *BES* E DA RESOLUÇÃO BANCÁRIAFábio da Silva Veiga¹João Vieira dos Santos²**Resumo**

Neste ensaio procuraremos abordar as implicações legais do célebre Caso BES, que representou a queda do maior Banco português perante a crise financeira mundial. Teremos em conta todo o ordenamento jurídico português, incluindo o constitucional, e o ordenamento jurídico comunitário, sendo importante destacar toda a atividade de supervisão do Banco de Portugal neste Caso, principalmente, a solução inovadora adotada – a resolução bancária, mecanismo introduzido na União Europeia devido ao estado de emergência da maior parte dos bancos europeus, primeiramente posto em prática neste Caso, que abordaremos ao pormenor. Não olvidaremos, também, os meios de reação processual que os particulares (clientes do BES) podem utilizar, em razão dos graves prejuízos que sofreram perante as eventuais ilegalidades praticadas pelo Banco de Portugal na sua atividade de supervisão. A grafia adotada é o português europeu, conforme o último acordo ortográfico da língua portuguesa de 1990, atualmente em vigor. Por fim, com relação à sistemática da investigação, trata-se de pesquisa do tipo bibliográfico documental qualitativa, orientada pelo modelo crítico dialético.

Palavras-chave: Resolução bancária; Insolvência bancária, Supervisão financeira.

INTRODUÇÃO

No dia 3 de agosto de 2014, o Conselho de Administração do Banco de Portugal deliberou, aplicar ao Banco Espírito Santo, S.A. (d'ora avante, BES), maior Banco português na altura, uma medida de *resolução*, devido à divulgação de um prejuízo histórico de 3.577,3 milhões de euros entre janeiro e junho desse ano, à descoberta, por parte do Banco de Portugal, da prática de atos de gestão gravemente prejudiciais e da suspensão de negociação de ações do BES, por parte da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM).

Tal medida implicou problemas de várias ordens no plano económico, e em particular, relativamente à confiança no mercado financeiro português, devido aos fatores inexoráveis da volatilidade dos mercados de

¹ Professor Convidado de Direito Comercial da *Universidad Europea de Madrid*. Doutorando em Direito Comercial – Universidade de Vigo e Universidade de Alcalá (Madrid). Pesquisador-bolsista da *Fundação CAPES*, Brasil. Pesquisador em Mobilidade na FDUP. E-mail: fabio.da@edu.uah.es

² Doutorando em Direito Comercial – Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP). Advogado. E-mail: jsantos12@hotmail.com

capitais, já debilitados pelos escândalos do setor bancário desde a queda do *Lehman Brothers*³.

Nas linhas a seguir, procuraremos abordar as implicações legais do Caso BES⁴, que representou a queda do maior Banco português perante a crise financeira mundial. Importa destacar toda a atividade de supervisão do Banco de Portugal neste Caso, principalmente, a solução inovadora adotada – a *resolução bancária*, mecanismo introduzido na União Europeia devido ao estado de emergência da maior parte dos bancos europeus, primeiramente posto em prática neste Caso. Analisaremos também, os meios de reação processual que os particulares podem utilizar, em razão dos graves prejuízos que sofreram perante as eventuais ilegalidades praticadas pelo Banco de Portugal na sua atividade de supervisão.

ENQUADRAMENTO DO CASO BANCO ESPÍRITO SANTO (BES)

Para melhor compreendermos esta solução adotada pelo Banco de Portugal, iniciamos por concetualizar o significado de resolução bancária:

“A resolução é um conceito compreensivo que envolve uma de duas possíveis medidas (...): a alienação total ou parcial da atividade a outra instituição autorizada a desenvolver a atividade em causa; a transferência, total ou parcial, da atividade a um ou mais bancos de transição. Foi esta última medida aplicada pelo Banco de Portugal ao Banco Espírito Santo” (BARBOSA, 2015, p. 196).

Este mecanismo de resolução foi introduzido na legislação portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, que alterou o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (d’ora avante, RGICSF), através de uma antecipação de Portugal na transposição da Diretiva 2014/59/UE (o prazo de transposição terminava a 31 de dezembro de 2014)⁵.

A generalidade da atividade e do património do BES foi transferida, de forma imediata e definitiva, para o Novo Banco, S.A. (banco de transição), devidamente capitalizado e expurgado de ativos problemáticos, que, no

³ A crise no BES começou devido à internacionalização do banco, através de incentivos apoiados por uma remuneração variável muito alta para os seus administradores, de forma a conseguirem a internacionalização do banco, numa situação análoga às *stock options* altíssimas dos administradores dos grandes investidores institucionais americanos. Após terem colocado o BES no Brasil, a introdução do banco nos Estados Unidos da América teve o infeliz infortúnio de se ter coincido com o eclodir do colapso financeiro de 2007, levando o BES a arcar com prejuízos enormes. No entanto, o BES conseguiu mascarar essas perdas com diversos mecanismos, como a assistência financeira (compra de ações próprios através de terceiros), até que tudo foi descoberto em agosto de 2014. *Vide* VEIGA, Fábio da Silva; SANTOS, João Vieira dos. “A União Financeira e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira: a «quarta» liberdade constitutiva do mercado comunitário”, *in O Direito Constitucional e o seu Papel na Construção do Cenário Jurídico Global*, Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, p. 24 e ss.

⁴ Posteriormente, foi criada uma Comissão de Inquérito pelo Parlamento de Português em que foram descobertas certas práticas ilegais por administradores do BES, que se encontram a ser investigados pelo Banco de Portugal, já tendo havido lugar a algumas condenações.

⁵ Esta Diretiva encontra-se no âmbito da criação da União Bancária, mormente, no desenvolvimento do Mecanismo Único de Resolução e o Conselho Único de Resolução. Sobre a União Bancária, *vide* VEIGA, Fábio da Silva; SANTOS, João Vieira dos. “A União Financeira e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira: a «quarta» liberdade constitutiva do mercado comunitário”, *in O Direito Constitucional e o seu Papel na Construção do Cenário Jurídico Global*, Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, p. 23-34.

essencial, correspondem a responsabilidades de outras entidades do Grupo Espírito Santo e às participações no Banco Espírito Santo Angola, S.A., por cujas perdas respondem os acionistas e os credores subordinados do Banco Espírito Santo, S.A. Esta medida, que provocou graves prejuízos nos detentores de obrigações (principalmente, papel comercial) do BES, pôs “em evidência o pioneirismo ou o experimentalismo da solução adotada em Portugal”.

Posteriormente, em 29 de dezembro de 2015, o Conselho de Administração do Banco de Portugal realizou duas deliberações que incidem sobre o *Poder de Retransmissão*, previsto no artigo 145-Q, nº 4, alínea c) e número 5, do RGICSF, e salvaguardado no número 2 do anexo 2 da Deliberação do Banco de Portugal, de 3 de Agosto de 2014.

Ora, por força desta retransmissão, o Novo Banco, S.A. (d’ora avante, Novo Banco) deixou de ser o devedor responsável por certas emissões de obrigações, as quais passaram a integrar o balanço do BES, considerado insolvente em julho de 2016.

Esta deliberação operou a retransmissão para o BES das responsabilidades correspondentes às emissões de obrigações não subordinadas originariamente emitidas pelo próprio banco⁶.

Adicionalmente, foi retransmitida para o BES a totalidade da participação atualmente detida pelo Novo Banco na sociedade *BES Finance Ltd.*

O Banco de Portugal, para além de haver procedido a um ajustamento final do perímetro de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão transferidos para o Novo Banco (em particular, no que respeita a responsabilidades e contingências), decidiu também solicitar ao Banco Central Europeu que procedesse à revogação da autorização do BES enquanto instituição de crédito.

Resulta ainda da deliberação que as referidas decisões constituem a alteração final e definitiva do perímetro de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão transferidos para o Novo Banco, deixando, em consequência, de se poder efetuar qualquer transmissão ou retransmissão de quaisquer outros elementos entre os balanços do Novo Banco e do BES ao abrigo de poderes de resolução. Analisaremos, destarte, estas deliberações e a resolução bancária realizada no BES, de um ponto de vista jurídico, de forma a averiguar eventuais ilegalidades e os meios processuais de defesa que os particulares possuem.

⁶ São as seguintes:

- Obrigações Sénior NB 6,875% venc. Julho de 2016, com o ISIN PTBEQBOM0010.
- Obrigações Sénior NB 6,9% venc. Junho de 2024, com o ISIN PTBENIOM0016.
- Obrigações Sénior NB 4,75% venc. Jan de 2018, com o ISIN PTBENJOM0015.
- Obrigações Sénior NB 4,0% venc. Jan de 2019, com o ISIN PTBENKOM0012.
- Obrigações Sénior NB 2,625% venc. Maio de 2017, com o ISIN PTBEQKOM0019.

A INCONSTITUCIONALIDADE DAS DELIBERAÇÕES QUE APROVARAM A RESOLUÇÃO BANCÁRIA

Ora, perante os referidos factos, estas medidas de resolução do Banco de Portugal correspondem a intervenções unilaterais de uma autoridade pública que em tudo se aproxima de uma nacionalização, cabendo mesmo no conceito amplo de expropriação, como já deliberou o Tribunal Constitucional Alemão (MONCADA, 2015, p. 44).

É de notar, no esteio de Eduardo Paz Ferreira (1995, p. 435-436),

“que a garantia constitucional de propriedade privada é, em primeira linha, uma garantia de existência e da disponibilidade da propriedade, ainda que resulte claro, do n.º 2, do artigo 62.º da Constituição que, em certas circunstâncias, essa garantia se pode transformar numa garantia de valor.”

Destarte, o que está em causa é a sonegação sem qualquer indemnização, por parte do Banco de Portugal, da massa insolvente do BES, em claro prejuízo aos seus credores, não tendo sido sequer colocada a hipótese de converter as obrigações do BES subscritas pelo público em depósitos a prazo no Novo Banco.

Outrossim, consideramos que as deliberações são inconstitucionais porque os atos administrativos afetam, pelo seu conteúdo, o direito constitucional da propriedade privada que impede uma apropriação pública sem adequada indemnização, de acordo com o art. 83.º da Constituição da República Portuguesa, sendo aspeto fundamental desta norma “a exigência do pagamento de justa indemnização em caso de sacrifício do direito de propriedade” (MIRANDA & MEDEIROS, 2006, p. 64-65).

Igualmente, no artigo 101.º da Constituição da República Portuguesa é expressa a exigência de aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social.

Tendo em conta a justa indemnização como elemento essencial do instituto da expropriação e a impossibilidade de limitar a livre iniciativa económica, “tal desiderato só pode ser prosseguido através do desenvolvimento de mecanismos de regulação adequados e de políticas económicas de qualidade.” (MIRANDA & MEDEIROS, 2006, p. 207-208).

Parece-nos evidente a observação deste princípio de indemnização aos credores do BES, perante uma verdadeira apropriação pública, sendo que a “propriedade não abrange apenas bens imóveis e móveis mas também direitos de crédito e outras realidades com valor patrimonial” (MONCADA, p. 53).

A DERROGAÇÃO DO REGIME DA INSOLVÊNCIA

Em termos práticos, podemos dizer que estas deliberações apenas serviram para transmitir obrigações e responsabilidades litigiosas para o BES, cuja massa insolvente por nada poderá responder, pela sua ausência de ativos.

Com efeito, nos termos das alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 153.º-F do RGICSF, os recursos financeiros principais do Fundo de Resolução resultam de receitas provenientes da contribuição extraordinária sobre o setor bancário, bem como de contribuições iniciais e periódicas pagas pelas instituições participantes.

Ora, é este Fundo de Resolução que tem de contribuir para a estabilidade financeira do banco de transição, não deixando esgotar a massa insolvente da instituição sob resolução, o que não foi cumprido, uma vez que os recursos financeiros do Fundo de Resolução mostram-se insuficientes para prestar apoio financeiro à medida de resolução.

Neste âmbito, as deliberações violam mais normas do RGICSF, nomeadamente, o artigo 145.º-C, n.º 1, alínea e):

Na aplicação de medidas de resolução, o Banco de Portugal prossegue as seguintes finalidades: e) Proteger os fundos e os ativos detidos pelas instituições de crédito em nome e por conta dos seus clientes e a prestação dos serviços de investimento relacionados.

E o artigo 145.º-C, n.1, alínea c):

Nenhum acionista ou credor da instituição de crédito objeto de resolução pode suportar um prejuízo superior ao que suportaria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação.

Para além do óbvio prejuízo dos interesses dos credores, negligenciando a sua proteção, legalmente prevista no artigo 145.º-C, n.º 1, alínea e), do RGICSF, as deliberações do Banco de Portugal colocam um problema em relação à massa insolvente.

Sucedo que, o regime da insolvência é derogado, aplicando-se o regime da resolução, mas como disposto no 145.º-C, n.º 1, alínea c), do RGICSF, nenhum acionista ou credor pode assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiria caso a instituição sob resolução tivesse entrado em liquidação. Situação que não decorre do caso em concreto, pois todos os ativos foram transferidos para o Novo Banco. Como refere Luis Moncada (2015, p. 63):

Na verdade, se a massa insolvente integra todos os bens susceptíveis de penhora, nos termos gerais, evidente é que sendo possível a penhora de crédito (arts. 773 a 777º do CPC) para além de outros valores estes integrariam a futura massa insolvente. Isto quer dizer que o BP desvalorizou a massa insolvente em prejuízo dos credores do BES.

Verifica-se, deste modo, atendendo à sonegação da massa insolvente, uma ilegalidade evidente das deliberações do Banco de Portugal, por violação da alínea c) do n.º 1 do artigo 145.º-C e da alínea a) do artigo 73.º da Diretiva 2014/59/UE (União Europeia), que dispõe que em caso de resolução os credores cujos direitos ou ativos não foram transferidos não podem ficar em pior situação do que aquela em que ficariam ao abrigo de processos normais de insolvência.

Convém salientar que a Diretiva é diretamente aplicável na ordem interna portuguesa por consagrar expressamente direitos a favor dos cidadãos, e, apesar de não existir regime europeu de insolvência, a aplicação do regime nacional não fragiliza a situação dos credores, pois interpreta-se da própria Diretiva que as normas a aplicar são as do direito interno de cada Estado Membro.

A (IN)VALIDADE DAS DELIBERAÇÕES DE 29 DE DEZEMBRO DE 2015 DO BANCO DE PORTUGAL

Um dos objetivos do Banco de Portugal, com as suas deliberações de 29 de Dezembro de 2015, foi clarificar o tratamento das responsabilidades contingentes e desconhecidas do BES, referindo que:

em particular, desde já se clarifica não terem sido transferidos do BES para o Novo Banco os passivos incluídos numa lista onde, entre outras, individualmente discriminadas, se inclui qualquer responsabilidade que seja objecto de qualquer dos processos descritos no Anexo I.

Sucintamente, o Banco de Portugal refere nas deliberações que as relações processuais pendentes descritos no Anexo I não cabem no “perímetro” da transferência do BES para o Novo Banco.

Ora, parece-nos que estas “clarificações” supõem claramente um juízo substantivo sobre as relações judiciais do banco sob resolução, do banco de transição e de terceiros, numa verdadeira usurpação de poderes, visto que o poder de «clarificar» que uma certa lei ou ato administrativo não se aplica a nenhum dos processos discriminados em lista anexa é um poder intrinsecamente jurisdicional.

Deste modo, estamos perante um vício gerador de nulidade, por indicação expressa da alínea *a)* do n.º 2 do artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Ademais, uma outra questão que nos parece da maior pertinência prende-se com a dispensa de audiência dos interessados, instrumento utilizado nas deliberações do Banco de Portugal, com base no carácter de urgência da decisão, disposto na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 124.º do CPA. Não existiu, no entanto, qualquer fundamentação para a consideração das deliberações como urgentes.

Naturalmente, exige-se “a indicação dos factos que revelam não apenas essa urgência, como também que ela é tal que aniquila a possibilidade de realizar a audiência no prazo mínimo da lei.” (OLIVEIRA, GONÇALVES, AMORIM, 1993, p. 534).

Deste modo, considera-se que nenhuma das hipóteses se verificou, até porque, para que se tenham por preenchidas, necessário é que a entidade autora do ato o declare, explicitando os motivos da dispensa de audiência, pois caso contrário, a decisão final é inválida, por falta de fundamentação.

Logo, ao não haver lugar a audiência de interessados nos termos legais, as decisões administrativas - neste caso, as deliberações - são invalidáveis por vício de procedimento (esta formalidade que a decisão deve obedecer têm por finalidade assegurar o preenchimento das condições necessárias à formação ou à plena eficácia da decisão e decorre de uma prevalência, devidamente justificada, do princípio do contraditório) e, devido à falta de exposição dos motivos da dispensa de audiência, invalidáveis por vício de falta de fundamentação.

Quanto aos efeitos, se o ato for simultaneamente anulável e nulo, como é o caso, prevalecerá o regime da nulidade, sendo a nulidade insanável e passível de impugnação contenciosa ilimitada no tempo.

Mesmo que se considere o ato meramente anulável, a anulação produz efeitos retroativos ao momento

da sua prática, implicando, no caso em concreto, a permanência dos ativos no Novo Banco.

Um dos pontos essenciais das deliberações do Banco de Portugal, de 29 de dezembro de 2015, é a clarificação efetuada relativamente às responsabilidades litigiosas do BES, tendo o Banco de Portugal, enquanto autoridade pública de resolução, considerado que estas não foram transferidas para o Novo Banco, por estarem abrangidas pelas subalíneas (v) a (vii) da alínea (b) do n.º 1 do Anexo 2 da Deliberação do Banco de Portugal, de 3 de agosto de 2014: “Em particular desde já se clarifica não terem sido transferidos do BES para o Novo Banco os seguintes passivos do BES”: (...) (v) Todos os créditos e indemnizações relacionados com a alegada anulação de determinadas cláusulas de contratos de mútuo, em que o BES era o mutuante; (vi) Todas as indemnizações e créditos resultantes de anulação de operações realizadas pelo BES enquanto prestador de serviços financeiros e de investimento; e (vii) Qualquer responsabilidade que seja objeto de qualquer dos processos descritos no Anexo I.

Acresce que, foi deliberado pelo Banco de Portugal que caso se verifique terem sido efetivamente transferidos para o Novo Banco quaisquer passivos do BES que, nos termos de qualquer daquelas alíneas e da Deliberação de 3 de agosto, devessem ter permanecido na sua esfera jurídica, serão os referidos passivos retransmitidos do Novo Banco para o BES, com efeitos às 20 horas do dia 3 de agosto de 2014.

No mesmo sentido, foi deliberado um aditamento ao Anexo 2 da Deliberação do Banco de Portugal, de 3 de agosto de 2014, que dispõe o seguinte:

Transferem-se ainda para o Novo Banco quaisquer créditos já constituídos ou por constituir reportados a factos tributários anteriores a 3 de agosto de 2014, independentemente de estarem ou não registados na contabilidade do BES.

Estando assente que ao Banco de Portugal incumbe, por determinação legal, o desenvolvimento de uma função de regulação pública através do exercício dos correspondentes poderes de autoridade, fácil é de concluir que as deliberações, tomadas por esta instituição, para a satisfação do interesse público e no exercício do poder administrativo, com vista à produção de efeitos jurídicos numa situação individual e concreta, integram o conceito de ato administrativo.

Do mesmo modo, os órgãos do Banco de Portugal estão sujeitos ao princípio da legalidade, pelo que devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes foram conferidos (artigo 3.º do CPA) e obrigados a prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (artigo 4.º do CPA).

É, igualmente, aplicável aos órgãos do Banco de Portugal o disposto no artigo 5.º do CPA que determina que nas suas relações com os particulares, devem reger-se pelo princípio da igualdade, não podendo privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum administrado em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução,

situação económica ou condição social.

Afere-se, também, que as medidas resolução estão sujeitas às regras gerais do procedimento administrativo.

Destarte, as citações referidas implicam a atribuição de eficácia retroativa de um ato administrativo. Ora, como disposto no artigo 156º, nº 2, do CPA:

(...) o autor do ato administrativo só pode atribuir-lhe eficácia retroativa:

- a. Quando a retroatividade seja favorável para os interessados e não lese direitos ou interesses legalmente protegidos de terceiros, desde que à data a que se pretende fazer remontar a eficácia do ato já existissem os pressupostos justificativos dos efeitos a produzir;
- b. Quando estejam em causa decisões revogatórias de atos administrativos tomadas por órgãos ou agentes que os praticaram, na sequência de reclamação ou recurso hierárquico;
- c. Quando tal seja devido para dar cumprimento a deveres, encargos, ónus ou sujeições constituídos no passado, designadamente em execução de decisões dos tribunais ou na sequência de anulação administrativa, e não envolva a imposição de deveres, a aplicação de sanções, ou a restrição de direitos ou interesses legalmente protegidos.
- d. Quando a lei o permita ou imponha.

Desde logo se afere que não se encontram preenchidas nenhuma das alíneas referidas, por estarmos notoriamente perante um ato lesivo de interesses legalmente protegidos de terceiros, *maxime*, os direitos de crédito dos adquirentes de papel comercial do BES, e porque o regime de resolução, presente no RGICSF, não prevê qualquer possibilidade de eficácia retroativa dos atos da autoridade de resolução, sendo certo, também, que qualquer ativo, passivo ou ação judicial que foi criada no Novo Banco, já após a resolução, não pode ser devolvida ao BES porque nunca esteve na esfera jurídica desta entidade.

PRINCÍPIO DA TUTELA DA CONFIANÇA E DA TRANSPARÊNCIA

É importante realçar que os objetivos da insolvência e da resolução são os mesmos: assegurar a continuidade das funções de importância sistémica da instituição com o objetivo de preservar a confiança nos mercados financeiros e a estabilidade do sistema financeiro no seu todo.

Deste modo, a distribuição das perdas pelos acionistas e credores deve ser realizada, *naturaliter*, com critérios de justiça, equidade e de previsibilidade, avultando aqui a Ideia de Justiça, o direito fundamental à igualdade e os princípios de segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, principalmente devido à previsão de retorno do investimento realizado pelos credores. O sacrifício das expectativas deve ser previsível para os cidadãos atingidos e não desproporcional à lesão dos interesses subjacentes. Nesse sentido, Calvão da Silva (2001, p. 115) pondera:

Com efeito, o sistema financeiro deve ser suficientemente organizado e estruturado por lei, por razões de ordem pública económica, tanto de ordem pública de direção de economia como de ordem pública de proteção de aforradores, depositantes, investidores e segurados

ou beneficiários de seguros.

Sendo que, os poderes administrativos da autoridade de resolução afetam direitos fundamentais económicos, como a liberdade de empresa e o direito de propriedade, implicando o mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas.

Por isso, a normação que, por natureza, obvie de forma intolerável, arbitrária ou demasiada opressiva aqueles mínimos de certeza e segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar, como dimensões essenciais do Estado de Direito Democrático, terá de ser entendida como não consentida pela lei básica. (NOVAIS, 2011, p. 270).

A proteção da confiança dos cidadãos relativamente à ação dos órgãos do Estado é um elemento essencial, não apenas da segurança da ordem jurídica, mas também da própria estruturação do relacionamento entre Estado e cidadãos em Estado de direito. O cidadão deve poder prever as intervenções que o Estado poderá levar a cabo sobre ele ou perante ele e preparar-se para se adequar a elas, até pela “reprovabilidade ética do defraudar injustificado de uma atitude de confiança que se suscitou” (FRADA, 2007, p. 26).

Noutro contexto, o colossal poder de uma entidade reguladora, no contexto de moda da governança (europeia), gera nos cidadãos a perplexidade profunda de não saber onde para o poder: encontram-se os centros de decisão nacionais nas mãos dos eleitos? Ou são, pelo contrário, peritos a comandar os nossos destinos? E, nesta hipótese, são os técnicos nacionais e europeus a decidir o interesse público?

A solução deve, logicamente, passar por uma aplicação adequada e proporcional, tendo em conta a gravidade das consequências deste caso (BARBOSA, p. 189). Apela-se, deste modo, ao Princípio da Tutela da Confiança⁷, consagrado nos artigos 2.º e 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa e decorrente do Princípio da Boa Fé e do Estado de Direito⁸, estando sujeito, no Direito Administrativo, aos mesmos pressupostos utilizados no Direito Civil: existência de uma situação de confiança, ou seja, um comportamento gerador de confiança; existência de uma justificação para a confiança; frustração da confiança por parte de quem a gerou; e existência de um investimento de confiança⁹. Estes pressupostos constituem um sistema móvel, podendo a falta

⁷ No exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé. De sorte que, naquele mesmo exercício, devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face das situações consideradas, e, em especial: “a) A *confiança* suscitada na contraparte pela atuação em causa” (Artigo 6º, nºs 1 e 2, do Código de Procedimento Administrativo). Isto é, corolários daquele princípio da boa-fé, que são, entre outros, os deveres de conduta de *honeste procedere, neminem laedere*.

⁸ “Como é sabido, a tutela constitucional da confiança emana do princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2.º da Constituição. Mais do que constitutivo de preceitos jurídicos, é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional, que densificam a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança”. Cfr. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, pág. 205.

⁹ “Vejam os então: a confiança é um facto total na vida em sociedade; deste modo é forçoso distinguir entre as situações de responsabilidade e aquelas que não a desencadeiam. Aqui, as ideias de proteção das expectativas não dão resposta a este problema; o apelo à confiança digna de proteção jurídica ou a invocação da tutela de legítimas expectativas”, Cfr. VON CRAUSHAAR, *Der Einfluss des Vertrauens*, Beck, München, 1969, tradução nossa, p. 18 ss. Oliveira Ascensão defende que: “a confiança pode ser tomada como realidade: abstracta, potencial ou concreta. 1) Abstracta: a confiança é factor pré-legislativo. A regra visará criar um ambiente de confiança, mas não há que pesquisar se essa confiança foi realmente criada. O direcionamento à confiança servirá

de um deles ser suprida pela intensidade especial com que um outro se verifique.

Com efeito, este Princípio encontra variadas concretizações jusadministrativistas, determinando que a Administração não altere injustificadamente o seu critério, não negue o prometido, não formule novas exigências, etc. *Mutatis mutandis*, poder-se-ão chamar à colação os deveres laterais e acessórios que decorrem do artigo 227.º do Código Civil.

Ademais, convoca-se nesta situação o Princípio da Transparência, muito devido à pouca (quase nula) colaboração da autoridade pública de resolução com os particulares. O Princípio da Transparência dita que:

a Administração deve comportar-se sempre de modo não apenas a ser, mas também a parecer imparcial, isenta, equidistante, racional e objetiva, com vista a permitir fundar a confiança dos administrados e da comunidade em geral nos poderes públicos (...). Resulta desta dimensão do princípio que a mera suspeita séria de parcialidade ou falta de isenção é suficiente para determinar a anulação dos atos, regulamentos ou contratos que resultem de procedimento em que tal suspeita teve lugar. (FERNANDES, 2015, p. 457).

Ora, atendendo ao comportamento do Banco de Portugal, podemos razoavelmente considerar que os dois Princípios, aqui tratados, foram violados, devido à criação de expectativas de reembolso aos credores do BES e à falta de isenção, imparcialidade e transparência do Banco de Portugal, em todo este processo, discriminando ilegitimamente e sem justificação razoável os credores do BES. “A Transparência protege os cidadãos de uma administração secreta. A proibição de uma arcana praxis baseia-se na fidedignidade de toda a colectividade.” (CATARINO, 2010, p. 540). Por esta razão, consagra-se na Constituição da República Portuguesa o direito dos administrados à informação (268.º, n.º 1)

O forte potencial de interferência do Banco de Portugal com direitos, liberdades e garantias redundam numa excessiva discricionariedade e na possibilidade, real, de arbitrariedade ou de prossecução de actividades dolosas.

Daqui decorre a violação de outros Princípios previstos no Código de Procedimento Administrativo nomeadamente, o Princípio da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, o Princípio da boa administração, o Princípio da igualdade, o Princípio da proporcionalidade, os Princípios da justiça e da razoabilidade, o Princípio da imparcialidade, o Princípio da boa-fé, o Princípio da colaboração com os particulares e o Princípio da participação.

Como consequência da violação destes Princípios, a medida de resolução contraria normas constitucionais (artigos 2.º, 13.º, 266.º e 268.º da Constituição da República Portuguesa) e normas do Código do

apenas como factor de interpretação das normas. 2) Potencial: exige-se a verificação histórica duma situação potencialmente apta a criar confiança; mas prescinde-se da verificação da criação subjectiva de confiança, em consequência dessa situação. 3) Concreta: implica a criação histórica duma posição de confiança dum sujeito, perante certa situação. É esta que verdadeiramente interessa, como realidade pessoal e subjectiva. As outras são ainda realidades objectivas, e assim estranhas ao sujeito. Só tem inconvenientes designá-las por si como manifestação do princípio da confiança”. Cfr ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 395-396.

Procedimento Administrativo (4.º a 12.º).

O MAU FUNCIONAMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO DA REGULAÇÃO BANCÁRIA

“A experiência, pautada por diversas crises, mostra que, em si mesmo, o dinheiro provoca injustiças e a própria autodestruição de riqueza. O controlo jurídico é inevitável, assente na necessidade de defesa dos particulares e do próprio interesse público.” (CORDEIRO, 2014, p. 344).

Neste seguimento, importa também considerar todo o comportamento do Banco de Portugal perante esta situação, uma vez que o Banco de Portugal, em Julho de 2014, viabilizou e avalizou um aumento de capital do BES, garantindo publicamente que nenhum risco corriam os acionistas do BES - e o mercado reagiu, como era natural, baixando a cotação das ações, o que proporcionou a milhares de investidores continuar a comprar ações, no respeito pelo mercado, até finais de Julho de 2014 -, para logo no mês seguinte adotar um plano de reestruturação e outras medidas corretivas para a mesma instituição, deliberando a sua resolução. “De notar que a resolução é a última ratio nos graus de intervenção do Banco de Portugal” (QUELHAS, 2014, p. 2778).

Perante o exposto, não se encontram dúvidas que a descredibilização do Banco de Portugal tem sido constante, ao não desempenhar as suas obrigações de zelo pela estabilidade financeira e de supervisão com a diligência que lhe compete¹⁰, atraindo a confiança que os particulares interessados puseram no seu comportamento.

O Banco de Portugal rege-se pela sua lei orgânica, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 337/90, de 30 de Outubro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 231/95, de 12 de Setembro, pela Lei n.º 3/96, de 5 de Fevereiro e pela Lei n.º 5/98, de 31 de Janeiro.

Nos termos do disposto no art.º 12.º, alínea c), da referida lei orgânica:

Compete especialmente ao Banco, sem prejuízo dos condicionalismos decorrentes da sua participação no SEBC, velar pela estabilidade do sistema financeiro nacional, assegurando com essa finalidade, designadamente, as funções de refinanciador de última instância e de autoridade macroprudencial nacional.

A supervisão é de facto uma matéria central no sistema financeiro. “Ela deve ser rápida e eficaz: dela depende o funcionamento e a credibilidade do sistema.” (CORDEIRO, 2012, p. 904).

No caso em concreto, verificou-se a intempetividade da ação do Banco de Portugal e a pouca celeridade das medidas impostas que provocaram um sacrifício intolerável a particular e uma violação clara do princípio da eficácia e do princípio da proporcionalidade face aos riscos identificados, para não falar para a propensão das medidas resolução para a perigosidade do sistema bancário.

¹⁰ A supervisão financeira rege-se pelos princípios da eficiência, estabilidade e transparência, princípios estes que foram colocados em causa neste Caso BES pelo Banco de Portugal. Sobre estes princípios, *vide* ZUNZUNEGUI, Fernando. “Regulación Financiera en una Economía Globalizada”, in *Derecho Bancario y Bursátil*, 2ª edición, Constitución Leyes, Madrid, 2012, pp. 31 e ss.

Isto é, a resolução bancária ao afetar apenas credores e acionistas promove a diminuição da diligência dos outros bancos, por sentirem a existência de uma entidade responsabilizável com *deep pockets* – o Estado. Existe, assim, risco moral decorrente dos bancos contarem com a assunção dos prejuízos pelos acionistas, credores e Estado.

Ademais, é inequívoco que as informações que o Banco de Portugal possuía, relativamente ao Banco Espírito Santo S.A. e que ocultou até ao dia 3 de agosto de 2014 integram conceito de informação privilegiada, atrás citado, com todas as legais consequências.

Como afirma a CMVM, em “Entendimentos da CMVM sobre a Divulgação de Informação Privilegiada por Emitentes - Conceitos, Linhas de Orientação, Exemplos e Condutas a Adohtar”:

o cumprimento dos deveres legais de divulgação de informação privilegiada por emitentes constitui uma matéria de primordial importância para a integridade do mercado de instrumentos financeiros e um pressuposto da necessária eficiência do mesmo. Do seu cumprimento rigoroso depende, tanto o regular funcionamento do referido mercado, como a confiança pública no mesmo (*internet*, CMVM).

Afere-se, destarte, a responsabilidade do Banco de Portugal por ato ilícito a título de mau funcionamento do serviço público de regulação bancária, resultando numa ofensa de direitos e interesses legalmente previstos, previsto no artigo 9.º, n.º 1, da Lei 67/2007, presumindo-se a ilicitude e culpa por força da mesma lei (artigo 9.º, n.º 2, e 10.º, n.º 2, da Lei 67/2007).

MEIOS PROCESSUAIS DE TUTELA DOS CREDORES

A situação possibilita variadas vias de tutela jurisdicional, começando pela ação administrativa de indemnização nos tribunais administrativos, prevista no artigo 37.º, n.º 1, alínea *g*), do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), para pedir a condenação do Banco de Portugal ao pagamento de indemnização decorrente do mau funcionamento de serviço público de regulação bancária, isto é, pelo zelo manifestamente inferior, àquele que se encontrava obrigado e pela prática de atos de gestão pública manifestamente ilícitos.

Acresce que, todas as invalidades por violação de normas do RGICSF, do CPA e, *maxime*, a Constituição da República Portuguesa geram a anulabilidade e, outrossim, a nulidade, por afetar-se diretamente direitos fundamentais (artigo 133.º, n.º 2, alínea *d*), do CPA).

Deste modo, os credores do BES podem recorrer à ação administrativa, baseando-se no artigo 37.º, n.º 1, alínea *a*), do CPTA, para impugnam as deliberações do Banco de Portugal, podendo, também, cumular pedidos, à luz do artigo 5.º, n.º 1 do CPTA, no sentido de impugnar a legalidade das deliberações do Banco de Portugal, pedir a desaplicação das normas do RGICSF por inconstitucionalidade (devido à redução unilateral dos direitos dos credores à margem dos princípios estruturantes do Estado de Direito, sendo certo que os poderes públicos

têm que assegurar os direitos patrimoniais individuais e o bem-estar económico e social geral) e pedir uma indemnização contra o Banco de Portugal a título de responsabilidade civil extracontratual, para além dos pedidos cautelares de suspensão da eficácias das deliberações.

CONCLUSÕES

Neste ensaio começamos por abordar a deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal, que determinou a *resolução* do BES, maior Banco português na altura, implicando a transferência da atividade para um banco de transição, o Novo Banco.

Posteriormente, foram realizadas duas deliberações pelo Banco de Portugal, de 29 de dezembro de 2015, que incidiram sobre o “Poder de Retransmissão”. Por força desta retransmissão, o Novo Banco deixou de ser o devedor responsável por certas emissões de obrigações, as quais passaram a integrar o balanço do BES.

Concluimos que, o que se colocava em causa era a sonegação sem qualquer indemnização, por parte do Banco de Portugal, da massa insolvente do BES, em claro prejuízo aos seus credores, não tendo sido sequer colocada a hipótese de converter as obrigações do BES subscritas pelo público em depósitos a prazo no Novo Banco.

Consideramos, portanto, que referidas deliberações são inconstitucionais porque os atos administrativos afetam, pelo seu conteúdo, o direito constitucional da propriedade privada que impede uma apropriação pública sem adequada indemnização.

Seguidamente, observamos que as deliberações apenas serviram para transmitir obrigações e responsabilidades litigiosas para o BES, cuja massa insolvente por nada poderá responder, pela sua ausência de ativos.

O Fundo de Resolução que tem de contribuir para a estabilidade financeira do banco de transição, não deixando esgotar a massa insolvente da instituição sob resolução, o que não foi cumprido, uma vez que os recursos financeiros do Fundo de Resolução mostraram-se insuficientes para prestar apoio financeiro à medida de resolução.

Verificou-se, deste modo, atendendo à sonegação da massa insolvente, uma ilegalidade evidente das deliberações do Banco de Portugal, por violação da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 145.º-C e da alínea *a)* do artigo 73.º da Diretiva 2014/59/UE, que dispõe que em caso de resolução os credores cujos direitos ou ativos não foram transferidos não podem ficar em pior situação do que aquela em que ficariam ao abrigo de processos normais de insolvência.

Entendemos, portanto, estarmos notoriamente perante um ato lesivo de interesses legalmente protegidos de terceiros, *maxime*, os direitos de crédito dos adquirentes de papel comercial do BES, e porque o

regime de resolução, presente no RGICSF, não prevê qualquer possibilidade de eficácia retroativa dos atos da autoridade de resolução, sendo certo, também, que qualquer ativo, passivo ou ação judicial que foi criada no Novo Banco, já após a resolução, não pode ser devolvida ao BES porque nunca esteve na esfera jurídica desta entidade.

Posteriormente, perscrutamos que ao não haver lugar a audiência de interessados nos termos legais, as decisões administrativas -, neste caso as deliberações - são invalidáveis por vício de procedimento (esta formalidade que a decisão deve obedecer têm por finalidade assegurar o preenchimento das condições necessárias à formação ou à plena eficácia da decisão e decorre de uma prevalência, devidamente justificada, do princípio do contraditório) e, devido à falta de exposição dos motivos da dispensa de audiência, invalidáveis por vício de falta de fundamentação.

Vimos que a distribuição das perdas pelos acionistas e credores deve ser realizada, *naturaliter*, com critérios de justiça, equidade e de previsibilidade, avultando aqui a ideia de Justiça, o direito fundamental à igualdade e os princípios de segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, principalmente devido à previsão de retorno do investimento realizado pelos credores. A criação de expectativas de reembolso aos credores do BES e a falta de isenção, imparcialidade e transparência do Banco de Portugal, em todo este processo, discrimina ilegítimamente e sem justificação razoável os credores do BES.

Como consequência da violação de Princípios, como o Princípio da Tutela da Confiança, o Princípio da Transparência, o Princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, o Princípio da boa administração, o Princípio da igualdade, o Princípio da proporcionalidade, os Princípios da justiça e da razoabilidade, o Princípio da imparcialidade, o Princípio da boa-fé, o Princípio da colaboração com os particulares e o Princípio da participação, a medida de resolução contraria normas constitucionais (artigos 2.º, 13.º, 266.º e 268.º da Constituição da República Portuguesa) e normas do Código do Procedimento Administrativo (4.º a 12.º).

Analisamos, também, que o Banco de Portugal, em Julho de 2014, viabilizou e avalizou um aumento de capital do BES, garantindo publicamente que nenhum risco corriam os acionistas do BES - e o mercado reagiu, como era natural, baixando a cotação das ações, o que proporcionou a milhares de investidores continuar a comprar ações, no respeito pelo mercado, até finais de Julho de 2014 -, para logo no mês seguinte adotar um plano de reestruturação e outras medidas corretivas para a mesma instituição, deliberando a sua resolução. Importou aqui realçar, de novo, o papel do Princípio da Tutela da Confiança, uma vez que foram afetados direitos fundamentais económicos, como a liberdade de empresa e o direito de propriedade, implicando o mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas.

Verificamos que a intempestividade da ação do Banco de Portugal e a pouca celeridade das medidas impostas que provocaram um sacrifício intolerável a particular e uma violação clara do princípio da eficácia e do

princípio da proporcionalidade face aos riscos identificados, para não falar para a propensão das medidas resolução para a perigosidade do sistema bancário.

É inequívoco que as informações que o Banco de Portugal possuía, relativamente ao Banco Espírito Santo S.A. e que ocultou até ao dia 3 de agosto de 2014 integram conceito de informação privilegiada, atrás citado, com todas as legais consequências.

Afere-se, destarte, a responsabilidade do Banco de Portugal por ato ilícito a título de mau funcionamento do serviço público de regulação bancária, resultando numa ofensa de direitos e interesses legalmente previstos, previsto no artigo 9.º, n.º 1, da Lei 67/2007, presumindo-se a ilicitude e culpa por força da mesma lei (artigo 9.º, n.º 2, e 10.º, n.º 2, da Lei 67/2007).

Justifica-se, então, e em face de tudo o exposto, que os credores do BES possam recorrer à ação administrativa, baseando-se no artigo 37.º, n.º 1, alínea *a*), do CPTA, para impugnarem as deliberações do Banco de Portugal, podendo, também, cumular pedidos, à luz do artigo 5.º, n.º 1 do CPTA, no sentido de impugnar a legalidade das deliberações do Banco de Portugal, pedir a desaplicação das normas do RGICSF por inconstitucionalidade (devido à redução unilateral dos direitos dos credores à margem dos princípios estruturantes do Estado de Direito, sendo certo que os poderes públicos têm que assegurar os direitos patrimoniais individuais e o bem-estar económico e social geral) e pedir uma indemnização contra o Banco de Portugal a título de responsabilidade civil extracontratual, para além dos pedidos cautelares de suspensão da eficácias das deliberações.

THE PIONEERING OF THE CASE OF *BES* AND THE BANK RESOLUTION

Abstract

In this essay, we will seek to address the legal implications of the famous case of BES, which represented the fall of the biggest portuguese Bank, faced with the world financial crisis. We will take into account all aspects of the portuguese legal system, including the constitutional system, and the Community legal order, and reference should be made to all the activity of supervision by the Bank of Portugal in this case, mainly, the innovative solution adopted – the bank resolution, a mechanism introduced in the European Union under the state of emergency of most of the European banks, primarily implemented in this case, that will be approached in detail in this essay. We will neither forget the defence procedural measures that private individuals (BES's clients) can use on account of the major damages caused by the possible illegalities perpetrated by the Bank of Portugal in its supervision activity. The adopted script is the european portuguese, in accordance to the last orthographic agreement of the portuguese language, of 1990, which is currently in effect. Lastly, with regard to the systematic investigation, this essay is a research with a bibliographical, documental and qualitative basis, oriented in the critical dialectic model.

Keywords: Bank resolution; Bankruptcy, Financial supervision.

BIBLIOGRAFIA

ASCENÇÃO, José de Oliveira, **Direito Civil – Teoria Geral**, Vol. II, 2.^a Ed., Coimbra Editora, 2003.

BARBOSA, Mafalda Miranda. “A Propósito do Caso do BES. Algumas Notas acerca da Medida de Resolução”, In: **Boletim de Ciências Económicas, Volume LVIII**, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 196 e ss.

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. I, 4.^a Edição, Almedina, Coimbra.

CATARINO, Luís Guilherme. **Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes**, Almedina, Coimbra, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. “Direito bancário e alteração de circunstâncias” In **Revista de Direito das Sociedades**, n.º 2, Ano VI, Coimbra, Almedina, 2014, p. 344 e ss.

CORDEIRO, António Menezes. **Manual de Direito Bancário**, 4.^a Ed. (Reimpressão), Almedina, Coimbra, 2012.

FERNANDES, Débora Melo. “O princípio da transparência administrativa: mito ou realidade?”, In **Revista da Ordem dos Advogados**, Ano 75, Jan./Jun. 2015, Lisboa.

FERREIRA, Eduardo Paz. **Da Dívida Pública e das Garantias dos Credores do Estado**, Almedina, Coimbra, 1995.
FRADA, Manuel Carneiro da **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**, Almedina, 2007.

QUELHAS, José. “Especificidades e Vicissitudes do Mecanismo de Resolução Bancária”, In **Boletim de Ciências Económicas**, Volume LVII, Tomo III, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 2778 e ss.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

MONCADA, Luís Cabral de. **Os Poderes de Resolução do Banco de Portugal e o Banco Espírito Santo**, Abreu & Marques & Associados, Lisboa, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

OLIVEIRA, M. Esteves de; GONÇALVES, P. Costa; AMORIM, J. Pacheco de. **Código de Procedimento Administrativo Comentado**, Vol.I, Almedina, Coimbra, 1993.

SILVA, João Calvão da. **Direito Bancário**, Almedina, Coimbra, 2001.

VEIGA, Fábio da Silva; SANTOS, João Vieira dos. “A União Financeira e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira: a «quarta» liberdade constitutiva do mercado comunitário”, In **O Direito Constitucional e o seu Papel na Construção do Cenário Jurídico Global**, PORTELA, Irene (dir.); VEIGA, Fábio da Silva, MIRANDA GONÇALVES, Rubén (coords.). O direito constitucional e o seu papel na construção do cenário jurídico global, Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2016, p. 23-34.

VON CRAUSHAAR, *Der Einfluss des Vertrauens*, Beck, Munchen, 1969.

ZUNZUNEGUI, Fernando. “Regulación Financiera en una Economía Globalizada”, In **Derecho Bancario y Bursátil**, 2ª edición, Constitución Leyes, Madrid, 2012.

Páginas de Internet

CMVM: <http://www.cmvm.pt> – Consultado em agosto de 2016.

Trabalho enviado em 30 de agosto de 2016.

Aceito em 01 de fevereiro de 2017.