

SANEAMENTO E LIQUIDAÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO COMUNITÁRIO

Pelo Dr. Armindo Saraiva Matias (1)

SUMÁRIO: — NOTA PRELIMINAR — INTRODUÇÃO — 1. O problema que se suscita. — 2. A questão da insolvência em geral. — I Parte — REGIME ACTUAL DA INSOLVÊNCIA, SANEAMENTO E LIQUIDAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO NOS ESTADOS MEMBROS — Um Exemplo - O Caso Português — 3. Processos especiais de recuperação de empresas e de falência. — 4. Inaplicabilidade dos processos comuns às Instituições de Crédito. — 5. As noções de “Saneamento” e de “Liquidação”. — 6. As medidas de saneamento previstas no RGICSF português. — 7. O regime legal da liquidação das Instituições de Crédito. — 8. O problema da inconstitucionalidade da liquidação por via administrativa. — 9. Reservas à jurisprudência da inconstitucionalidade. — 10. Regime legal em vigor, quanto a medidas de saneamento e processo de liquidação das Instituições de Crédito. — II Parte — INSOLVÊNCIA, MEDIDAS DE SANEAMENTO E LIQUIDAÇÃO NO DIREITO COMUNITÁRIO — I-Instrumentos Legislativos de Carácter Geral — 11. Convenção sobre Insolvência. — 12. O Regulamento relativo ao Processo de Insolvência. — 13. Referência à Directiva relativa à liquidação definitiva em sistemas de pagamentos. — II-A Directiva Relativa a Medidas de Saneamento e Processos de Liquidação de Instituições de Crédito — 14. Início e desenvolvimento dos trabalhos da Directiva relativa a Medidas de Saneamento e Processos de Liquidação de Instituições de Crédito. — 15. O carácter remissivo das normas da Directiva. — III-As Novas Perspectivas do Direito Comunitário — 16. Objectivos da Directiva. —

(1) Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Advogado.

17. Princípios orientadores da Directiva. – 18. Pressupostos do funcionamento do regime criado pela Directiva. – 19. Noção de “Medidas de Saneamento” e de “Processos de Liquidação”, no contexto da Directiva. – 20. Regime das Medidas de Saneamento. – 21. Regime do Processo de Liquidação. – 22. Aspectos comuns às Medidas de Saneamento e aos Processos de Liquidação. — IV-Adaptação das Legislações Nacionais – 23. Obrigatoriedade de proceder a alterações. – 24. Criação de regimes de Direito Interno exclusivamente aplicáveis às Instituições de Crédito. – 25. Parâmetros das alterações dos direitos nacionais. – 26. Designação das Autoridades Competentes. – 27. Duplo dever de transposição da Directiva e de adaptação do direito interno. — V-Conclusões – 28. Sumário de Conclusões.

NOTA PRELIMINAR

No dia 17 de Julho de 2000, foi aprovado pelo Conselho da União Europeia o texto de uma Directiva sobre Saneamento e Liquidação de Instituições de Crédito cuja preparação decorreu ao longo de vários anos, em face das dificuldades que foram surgindo.

É nosso propósito proceder ao estudo desse importante documento legislativo, extraindo dele as conclusões que nos pareçam mais relevantes.

Os respectivos trabalhos foram iniciados em 1985, com várias e longas interrupções.

Nunca, todavia, deixou de fazer-se notar a enorme premência que todos os Estados-membros sentiam na criação de regulamentação sobre esta matéria.

A internacionalização da economia, o notável avanço do Mercado Comum, inicialmente, e da União Económica e Monetária, depois, impunham a criação de regras comuns, no espaço europeu, para o caso de colapso de uma Instituição de Crédito, sobretudo quando esta tenha sucursais em Estados-membros.

A adopção dos princípios de harmonização parcial e do mútuo reconhecimento, plenamente em execução na Comunidade, careciam, agora, de regulamentação a juzante, quando as Instituições de Crédito se extingam ou se encontrem em estado de insolvência.

Do que observámos, cada Estado-membro tem a sua própria legislação interna, na maioria dos casos, desactualizada, sobre o saneamento e liquidação daquelas instituições.

Sendo certo que os Estados-membros se encontram equipados com legislação moderna sobre a insolvência das empresas em geral, a verdade é que a não aplicam às Instituições de Crédito, em particular.

Aliás, é disso razão impediante a própria legislação comunitária sobre constituição e supervisão das Instituições de Crédito, na medida em que entrega uma e outra (a autorização de constituição e a supervisão) ao país de origem.

A regulamentação vertida na Directiva Comunitária constitui o resultado da reflexão conjunta dos muitos representantes dos Estados-membros que integraram o respectivo Grupo de Trabalho: espelha, por isso mesmo, as hesitações, as contradições, as dificuldades de todos e de cada um, no encontro das soluções que, apesar de tudo, são julgadas as melhores.

Tentaremos a definição daquelas soluções e do “status quaestionis”.

Não se trata de criar direito material. Trata-se, antes, de estabelecer normas de remissão, regras de direito internacional privado.

O ponto será, sempre, determinar qual a lei aplicável, no caso concreto. E a lei aplicável é, necessariamente, a de um Estado-membro que com aquele caso se encontre em conexão.

Naturalmente, a nova regulamentação está enquadrada por outras normas de direito comunitário, com elas se conformando, em atenção ao princípio da unidade da Ordem Jurídica Comunitária.

É nosso objectivo:

de um lado, proceder à análise da actual situação desta matéria, face à regulamentação vigente;

de outro lado, mostrar as novas perspectivas de evolução das regulamentações nacionais perante os imperativos emergentes desta Directiva que se encontra, de momento, a cumprir as passadas burocráticas que se seguem à aprovação técnica e política.

Dividimos o trabalho em duas partes.

Na primeira parte, gostaríamos de dar conta do estado actual das legislações nacionais; na impossibilidade de as percorrer todas, preferimos ilustrar a situação com o caso português: por ser o que

conhecemos melhor; e por configurar um paradigma de desactualização a carecer de alteração urgente.

Na segunda parte, daremos conta do que se passa no direito comunitário.

I — INTRODUÇÃO

1. O problema que se suscita.

A insolvência das Instituições de Crédito constitui motivos de grande preocupação para os Governos e para as autoridades dos Estados que superintendem aos sectores financeiros ⁽²⁾.

É verdade que a tradição europeia não conhece muitos casos de grande expressão, o que se explica pela especial contextura dos seus sectores bancários; ⁽³⁾ e, quando esses casos surgiram, foram os próprios Estados que, a maior parte das vezes, suportaram os custos das insolvências, através de mecanismos mais ou menos disfarçados, pretendendo sempre fazer acreditar na segurança e fiabilidade do sistema, capaz de manter salvaguardados os interesses dos investidores, dos depositantes.

De outro lado, e nos últimos anos, a euforia das concentrações bancárias ⁽⁴⁾ tem constituído uma tábua de salvação para instituições mais frágeis, incapazes de se sustentarem. ⁽⁵⁾

⁽²⁾ Entendemos o sector financeiro como constituído por três sub-sector: o sub-sector bancário, o sub-sector segurador e o sub-sector dos mercados de valores mobiliários; naturalmente, neste nosso trabalho, limitar-nos-emos a tratar do sub-sector bancário.

⁽³⁾ Por vezes, até incluídos no sector público.

⁽⁴⁾ GARACH, VALENZUELA, Las nuevas actividades bancárias de las entidades de credito, Revista de Derecho Bancário y Bursátil, n.º 78, 2000, pág. 137 e ss.

⁽⁵⁾ Tem-se, na verdade, assistido, com muita frequência, à concentração de bancos, mediante a constituição de grupos, operada por compra de capital social. De um modo geral, a empresa mãe assume-se como mera gestora de participações sociais, titular maioritária do capital das empresas agrupadas. Todas estas passam, deste modo, a ter uma gestão unitária. As operações de concentração processam-se, quase sempre, através de OPA (oferta publica de aquisição) e obedecem a um criterioso estudo das entidades a agrupar. É no âmbito deste movimento de aquisições, que entidades bancárias sólidas se agrupam com outras menos válidas, acabando por lhes servir de tábua de salvação. As razões podem ser diversas, mas destacamos duas: o baixo preço das acções, em virtude da situação finan-

Acresce que os sectores bancários têm percorrido caminhos desobstruídos pelas facilidades que os governos lhes propiciam, e pela enorme diferença entre as taxas de juros passivas e activas que lhes têm sido permitidas.

Não tem acontecido o mesmo noutras latitudes e crê-se que a situação de favor da actividade bancária não perdurará por muito tempo.

Observam-se, aliás, muitos sinais da preocupação sentida pelos responsáveis desses sectores de actividade: por exemplo, tem-se mostrado insistente a criação de sistemas de garantia de depósitos, tornados obrigatórios, ⁽⁶⁾ através de uma legislação, cada vez mais apertada, dos sistemas de vigilância e supervisão. ⁽⁷⁾

Na verdade, a insolvência de uma Instituição de Crédito arrasta volumoso número de depositantes e credores, pode arrasar sectores de actividades económicas, cria desconfiança no sistema, que o mesmo é dizer, fuga e exportação de capitais.

E, no entanto, ao que julgamos saber, não tem existido, sobretudo nos países europeus de "civil law", um tratamento adequado do fenómeno, de consequências tão extensas.

E porque o fenómeno é específico, também o tratamento tem de ser especial. Não servem, por isso, para a resolução dos problemas da insolvência das Instituições de Crédito, os mecanismos concebidos para outros tipos de empresas.

Estes últimos, sim, existem em todos os países, mas são relativamente ineficazes no âmbito do sector bancário.

2. A questão da insolvência, em geral.

A declaração da falência, em consequência da insolvência é uma figura conhecida por todos os direitos nacionais e é, também,

ceira da empresa a adquirir; e a racionalização da estrutura do grupo que, assim, aproveita equipamentos, instalações e estruturas já existentes, também a preço mais baixo. Seria ingenuidade não admitir, também, alguma influência por parte das autoridades que superintendem ao sector financeiro.

⁽⁶⁾ Por exemplo através da Directiva n.º 94/197 CE do Parlamento e do Conselho, de 30 de Maio de 1994.

⁽⁷⁾ D. DIAMOND, DYBVIK, *Bank Runs, Deposit Insurance and Liquidity*, Journal of Political Economy, 1983, pág. 401 e ss.

por eles tratada de forma semelhante. ⁽⁸⁾ Incorporada nos códigos de processo civil e de direito privado ou vertida em legislação avulsa, a insolvência, entendida como incapacidade de cumprimento das obrigações de pagamento ou de insuficiência de balanço, ⁽⁹⁾ conduz, verificados determinados requisitos, legalmente previstos, à declaração da falência e à dissolução da pessoa jurídica, com liquidação do respectivo património, em benefício dos credores.

Ora, constitui, normalmente, preocupação do legislador, criar, a montante, barreiras de protecção impeditivas da declaração de insolvência, ou melhor, de medidas de recuperação, que evitem a extinção da empresa e a liquidação do património, com dispersão deste e, conseqüentemente, com desaproveitamento económico dos bens.

Temos, assim, medidas de reestruturação, preventivas da insolvência (e da falência) e, quando estas não sejam viáveis, normas de extinção das respectivas pessoas jurídicas e liquidação de patrimónios.

Convém, pois, distinguir o conceito de *insolvência* do conceito de *situação económica difícil*. Porque tratando-se de insolvência, o caminho mais provável será o que conduz à declaração de falência; encontrando-se a empresa em situação económica difícil, mas não insolvente, poderá ser objecto de medidas de saneamento, de medidas preventivas da falência.

A *insolvência* traduz a situação da empresa que se encontra impossibilitada de cumprir pontualmente as suas obrigações em consequência de o seu activo disponível ser insuficiente para satisfazer o seu passivo exigível. ⁽¹⁰⁾

Por *situação económica difícil* entende-se aquela que, não sendo de insolvência, apresenta dificuldades económicas e finan-

⁽⁸⁾ Sobre esta matéria: RODIÈRE, RENÉ, *Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé*, Economica, Paris, 1976; e TROCKELS, FRIEDRICH, *Le nouveau régime juridique de l'insolvabilité en Allemagne*, *Révue de Droit des Affaires Internationales*, 1999; FLETCHER, IAN F., *The law of insolvency*, Sweet and Maxwell, London, 1996.

⁽⁹⁾ Situação em que o passivo exigível supera o activo real, pressupondo a impossibilidade de o devedor cumprir todas as obrigações contraídas.

⁽¹⁰⁾ Ou melhor: por insuficiência do seu activo líquido.

ceiras, designadamente por incumprimento das suas obrigações. Na situação económica difícil, a empresa está a caminho da insolvência; mas, é ainda possível evitá-la, com terapêuticas adequadas. ⁽¹⁾

I PARTE

REGIME ACTUAL DA INSOLVÊNCIA, SANEAMENTO E LIQUIDAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO NOS ESTADOS MEMBROS — O CASO PORTUGUÊS

3. Processos especiais de recuperação de empresas e de falência.

Já o dissemos, a especificidade das Instituições de Crédito não é compatível com aquelas medidas. E não é compatível porque são muito peculiares os activos e os passivos que integram o património da Instituição de Crédito. São também diferentes as relações que se estabelecem entre o banqueiro e o seu cliente em que tem de existir e permanecer uma íntima e profunda relação de confiança.

O tratamento judicial e as perspectivas de defesa dos interesses em jogo, nos negócios comerciais, exigem tempo e decurso de prazos o que, de todo, tem de evitar-se relativamente às Instituições de Crédito, pela volatilidade dos seus activos e pela delicadeza e importância da confiança que é necessário manter relativamente à Instituição e, sobretudo, ao Sistema em que ela se insere. A simples notícia de uma eventual situação de insolvência desencadearia corridas aos depósitos e a total degradação da Instituição, muito antes, ainda, da tomada de qualquer medida de recuperação.

E a verdade é que o legislador o evita, na maior parte dos sistemas jurídicos com que contactámos. É também o caso português que, muito sumariamente, nos propomos resumir.

⁽¹⁾ EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO, Os Efeitos Substantivos da Falência, Publicações U.C.P., Porto, 2000, pág. 29 e ss

Com a descrição do sistema português pretendemos ilustrar, de um lado, que está dotado de legislação moderna e actualizada, sobre medidas especiais de recuperação da empresa e da falência; por outro lado, que aquela legislação não é adequada quando directamente aplicável às Instituições de Crédito.

Não obstante, como adiante se verá, a legislação aplicável, em caso de insolvência de Instituição de Crédito, será a do Estado-membro de origem; é, por isso, inevitável que a lei geral de cada Estado venha a constituir matriz da lei especial. Eis a razão pela qual dedicamos este número à legislação de um dos Estados. Como mero exemplo.

3.1. O ordenamento jurídico português dispõe, na verdade, de um regime de medidas de recuperação de empresas e de falência, moderno, actualizado, mas inaplicável às Instituições de Crédito. É um sistema de natureza processual que, aliás, veio substituir as disposições que, sobre falência e liquidação de patrimónios, integrava o Código do Processo Civil.

Eis, então, em linhas muito gerais, o sistema posto em vigor em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 132/93 de 23 de Abril, actualizado pelo Decreto-Lei n.º 315/98 de 20 de Outubro. ⁽¹²⁾

3.2. Em primeiro lugar, o legislador manifesta uma clara preferência pelas medidas de recuperação, em detrimento da declaração de falência. Esta só terá lugar, gorando-se a aplicação daquelas.

E quanto às medidas de recuperação, são definidos vários princípios: o princípio da igualdade entre credores; o princípio da manutenção dos direitos dos credores contra os garantes das obrigações do devedor e contra os coobrigados; o princípio da indife-

⁽¹²⁾ Sobre esta matéria, AUGUSTO ATAÍDE, *Curso de Direito Bancário*, Coimbra Editora, 1999, pág. 569 e ss; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 1998; SARAIVA MATIAS, *Direito Bancário*, Coimbra Editora, 1998, pág. 43 e ss.

Por todos, LUIS CARVALHO FERNANDES, J. LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e da Falência Comentado*, 3.ª ed. Quid Juris Editora, Lisboa, 1999, *passim*; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, Publicações U.C.P., Porto, 2000, pág. 38 e ss.

rença subjectiva da titularidade dos direitos de crédito sobre a empresa em causa. ⁽¹³⁾

3.3. Uma empresa que se encontre em situação económica difícil, ou em situação de insolvência, tem as seguintes possibilidades: ser objecto de uma ou mais medidas de recuperação; ou ser declarada falida.

Qualquer destas medidas lhe poderá ser aplicada, a pedido da própria empresa, de qualquer credor ou do Ministério Público.

O processo tem prioridade sobre os demais, com carácter de urgência, correndo mesmo durante as férias judiciais (art. 10.º e 26.º).

3.4. O primeiro acto a praticar pelo Juiz é o de mandar citar todos os credores, os quais poderão deduzir os seus Créditos, opor-se a outros credores e propôr uma das providências cautelares legalmente previstas, oferecendo os seus meios de prova (art. 20.º).

Pode, logo então, ser nomeado um gestor provisório, se o Juiz o achar conveniente.

E o processo transita, como que por um passo de mágica, criado pelo legislador, para a vontade e decisão dos credores.

Assim, a partir de agora, são os credores que, por maioria, decidem a sorte da empresa: se, pelo menos 51% dos créditos conhecidos se opuserem à recuperação da empresa, deve o Juiz declará-la falida; já, ao contrário, se aquela maioria de credores votar a recuperação da empresa, deve o Juiz mandar prosseguir o processo para adopção de uma medida de recuperação (art. 23.º).

⁽¹³⁾ São, de resto, os princípios que presidem ao processo de falência. O princípio da igualdade dos credores implica que todos os credores sejam tratados nas mesmas circunstâncias e os seus créditos satisfeitos na mesma proporção; exige, por outro lado, que não possam os credores ser satisfeitos noutros processos (singulares) ou por via extrajudicial. O princípio da manutenção das garantias implica que os credores que disponham de garantia real por créditos sobre o devedor mantenham essa garantia (aliás de acordo com a própria natureza do direito real), quer contra a massa falida quer contra os que se tenham constituído convedores ou garantes do devedor. Finalmente, o princípio da indiferença subjectiva da titularidade significa a irrelevância da natureza jurídica do credor como também do acto jurídico através do qual se obteve a titularidade dos créditos.

3.5. Vejamos o que sucede, caso se opte pelo processo de recuperação: o Juiz designa o gestor judicial ou confirma o gestor provisoriamente nomeado; nomeia uma comissão de credores (composta de 3 a 5 membros, cabendo a presidência ao maior credor), comissão que fiscalizará a gestão da empresa e auxiliará a actividade do gestor judicial; fixa o período de estudo da situação da empresa e da medida a adoptar, em prazo que não ultrapasse os noventa dias; e convoca a assembleia de credores para o termo do prazo, a fixar dentro daqueles noventa dias.

Até dez dias antes da assembleia designada, deverá o gestor judicial apresentar um relatório que contenha a apreciação do balanço, a apreciação da situação comercial, a proposta de medida de recuperação mais adequada à situação, para salvaguarda dos interesses dos credores e da viabilidade da empresa.

Os credores deverão, então, (em dez dias) reclamar os seus créditos, mencionando a origem, natureza e montante.

Segue-se novo prazo de impugnação pela empresa, dos créditos reclamados.

A Comissão de credores deverá pronunciar-se sobre os créditos reclamados, procedendo o gestor à respectiva classificação.

Reúne, depois, a assembleia de credores, ainda como provisória, apenas para apreciação dos créditos já classificados pelo gestor judicial, sendo aprovados os que não hajam sido impugnados.

Imediatamente a seguir, ou posteriormente, reúne a assembleia definitiva para discussão do relatório do gestor e para proposta da medida de recuperação a adoptar.

Se a assembleia de credores nada deliberar, no prazo de seis meses a contar da sua convocação, o Juiz deverá decretar a falência da empresa.

Havendo deliberação da assembleia, esta carece de homologação judicial, com recurso para o Tribunal da Relação.

Se o Tribunal não homologar o meio de recuperação votado pelos credores podem estes, desde que representem pelo menos 10% dos créditos, requerer nova assembleia com o fim de, no prazo máximo de 30 dias, sanar os eventuais vícios que tenham impedido a homologação, ou aprovar outra providência.

Caso transite em julgado a decisão de não homologação, deverá ser decretada a falência da empresa.

3.6. Estão tipificadas na lei como providências de recuperação: a Concordata (arts. 66.º a 77.º); a Reconstituição Empresarial (arts. 78.º a 86.º); a Reestruturação Financeira (arts. 87.º a 96.º); a Gestão Controlada (arts. 97.º a 117.º).⁽¹⁴⁾

3.7. A *Concordata* é obrigatória para todos os credores que não disponham de garantia real, quando votada pela maioria dos créditos reconhecidos e após homologação judicial.

Na concordata procede-se, em princípio, à redução da totalidade ou parte dos créditos e à fixação do calendário dos pagamentos (art. 66.º).

3.8. A *Reconstituição Empresarial* consiste na criação de uma ou mais sociedades destinadas à exploração de estabelecimentos do devedor desde que todos ou alguns credores se disponham a dinamizar as respectivas actividades. Se as novas sociedades integrarem todo o património da empresa em dificuldades, extingue-se a anterior sociedade. A providência pode ser adoptada mediante aprovação de proposta de acordo subscrita por credores, na qual indicarão os termos em que pretendem ver considerados os seus créditos. O capital corresponderá à soma dos créditos dos credores subscritores e aderentes ao acordo, responsabilizando-se a nova sociedade pelos créditos dos credores não aderentes. Verifica-se, assim, que, com a constituição e a homologação das novas sociedades, os créditos são transformados em participações sociais com igual valor nominal (art. 79.º).

Na hipótese de anulação do acordo, deverá ser decretada a falência, a menos que mais de 30% dos créditos requeiram a convocação de nova assembleia de credores que deverá deliberar no prazo máximo de um mês, podendo, então, extinguir-se a sociedade nova, reconstituindo-se a anterior.

3.9. A *Reestruturação Financeira* traduz-se num conjunto de medidas destinadas a alterar o capital da empresa, assegurando, por si só, a superioridade do activo sobre o passivo, bem como a existência do necessário fundo de maneio. Para tanto, pode proce-

(14) ROBIM DE ANDRADE, Revista da Banca, n.º 27, pág. 77-92

der-se ao aumento do capital social, em termos diferentes dos previstos nos estatutos; permite-se aos credores a conversão dos seus créditos em capital, com respeito pelas regras de preferência dos sócios.

De igual modo, poderá haver lugar à dação em cumprimento ou a cessão de bens aos credores para extinção total ou parcial dos Créditos.

3.10. A *Gestão controlada* consiste num plano de acção global acordado pelos credores, executado por uma nova administração e sujeito a fiscalização. Este plano não pode ter duração superior a 2 anos, prorrogável, uma vez, por mais um ano (tempo durante o qual são suspensas as funções dos órgãos sociais).

Neste plano de acção global, devem ser traçadas as linhas gerais da futura gestão da empresa e fixado o prazo de execução; deve ser designada a nova administração; deve ser designado o órgão de fiscalização do cumprimento do plano.

Decorrido o prazo fixado, termina a Gestão Controlada.

A empresa retoma a sua actividade normal.

Claro está que se houver insucesso da medida, pode a assembleia de credores convocada pela maioria dos créditos ou pelo titular da empresa, após audição dos órgãos de administração e fiscalização, deliberar a cessação da providência, antes de findo o prazo previsto.

Nesse caso, declarar-se-à a *falência*. ⁽¹⁵⁾

3.11. Já se viu que a falência é decretada pelo Juiz, quando não lhe seja deduzida oposição pelos credores ou pelo devedor, conforme seja requerida, respectivamente, por este ou por aqueles.

Já referimos, também, outros casos em que deve ser declarada a falência, quando não sejam adoptadas medidas de recuperação.

Na sentença que decretar a falência, deve ser nomeado o liquidatário judicial a quem são entregues os bens da massa falida. A ele incumbe, principalmente, preparar o pagamento das dívidas do falido, à conta do produto de alienação dos bens do activo.

⁽¹⁵⁾ Sobre os efeitos da falência, MARIA ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, Coimbra Editora, 2000.

Com a sentença que declare a falência, produzem-se vários efeitos jurídicos de que destacamos: o falido é privado da administração e do poder de disposição de bens (art. 147.º); tornam-se exigíveis todas as suas obrigações, ainda que não vencidas; cessa a contagem de juros sobre as obrigações do falido; extingue-se o direito de os credores compensarem os seus débitos com os créditos que detenham sobre o falido; são apensadas ao processo de falência todas as acções em que estejam em causa bens apreendidos para a massa falida; cessa a possibilidade de serem intentadas novas acções executivas contra o falido; tornam-se inoponíveis à massa falida os negócios realizados pelo falido posteriormente à declaração de falência; ficam sujeitos a impugnação pauliana os actos que envolvam diminuição de garantia patrimonial, aumentando-se o número dos actos que se presumem praticados de má-fé (art. 158.º e art. 612.º do Código Civil).

O devedor, qualquer credor e o Ministério Público podem deduzir embargos à sentença que declarou a falência, suspendendo os actos de liquidação do activo subsequentes à verificação dos créditos.

3.12. O liquidatário judicial praticará as providências conservatórias necessárias ao exercício das suas funções, tais como: apreensão dos elementos de contabilidade do falido e de todos os bens susceptíveis de penhora, e diligenciará para que todos os bens apreendidos lhe sejam entregues, tornando-se deles depositário.

3.13. Confirmada a declaração de falência por trânsito em julgado da respectiva sentença, tem lugar a liquidação do activo. A venda dos bens deve ser efectuada pelo liquidatário judicial, com a cooperação e a fiscalização da Comissão de credores, seguindo as regras do processo executivo. (art. 801.º e segs. do Código de Processo Civil).

O liquidatário deve, aliás, remeter ao Juiz, mensalmente, relatório dos actos praticados, contra os quais poderão ser deduzidas reclamações quer pelo falido quer pelos credores.

O produto das vendas é depositado em Instituição de Crédito, escolhida para o efeito, à ordem da administração da massa falida.

3.14. Terminadas as operações de liquidação, tem lugar o pagamento aos credores; em primeiro lugar, aos credores com garantia real; depois, aos credores comuns.

É ao liquidatário judicial que compete apresentar o plano e o mapa de rateio, com o parecer da Comissão de credores, decidindo o Juiz, em face disso.

3.15. Verificando-se oposição à falência, através dos embargos, há lugar a recurso da respectiva decisão.

4. Inaplicabilidade dos processos comuns às Instituições de Crédito.

O processo especial que acabámos de descrever não é aplicável quando a entidade insolvente for Instituição de Crédito, conforme expressa disposição do RGICSF. ⁽¹⁶⁾ ⁽¹⁷⁾

E não é aplicável por diversas razões.

⁽¹⁶⁾ Art. 139.º n.º 2 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF).

Convém, aqui deixar uma advertência importante. Em conformidade com aquele Regime Geral, o sistema bancário português é composto por dois tipos de entidades: as instituições de crédito e as sociedades financeiras. Embora com algumas dificuldades de natureza teórica que não cabe, aqui, analisar, aqueles dois tipos distinguem-se, fundamentalmente pelo seu objecto, tipo de actividade e modo de captação de recursos. Assim, só as instituições de crédito podem captar depósitos e outros fundos reembolsáveis (com excepção das obrigações comerciais e do papel comercial) junto do público. De outro lado, as instituições de crédito revestem a natureza de sociedades anónimas, enquanto as sociedades financeiras podem ter a natureza de sociedades anónimas ou por quotas. Uma e outras são habitualmente abrangidas pela designação de instituições bancárias. Ora, ainda que tendo em conta as suas diferenças, a verdade é que, na matéria que vimos tratando, é idêntico o respectivo regime. Isto é, as providências ou medidas de saneamento previstas no RGICSF são aplicáveis tanto às Instituições de Crédito como às Sociedades Financeiras.

Deste modo, e no domínio do estudo da legislação portuguesa, sempre que nos referirmos a instituições de crédito, estamos a referir-nos também às sociedades financeiras.

Esta advertência é tanto mais importante porque tal não sucede no âmbito da legislação comunitária. Ali, a Instituição de Crédito é entendida "*stricto sensu*", isto é, nos termos da definição constante do n.º 1 do art. 1.º da Directiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Março de 2000: *Entende-se por "Instituição de crédito" uma empresa cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder créditos por sua própria conta*".

⁽¹⁷⁾ Sobre os problemas suscitados pela definição de instituição de crédito: em Portugal, AUGUSTO ATAÍDE, ob. cit. pág. 242 e ss; F. CONCEIÇÃO NUNES, *As instituições de crédito, conceito e tipologia legais*, Revista da Banca, 1993; em Espanha, FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Derecho del Mercado Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 265.

4.1. Antes de mais, porque a Instituição de Crédito exerce actividade sujeita a supervisão. E isso significa que o exercício da actividade está, antes de tudo, sujeito a autorização. Depois, significa que aquele mesmo exercício está sujeito a normas prudenciais que enquadram a sua actuação em parâmetros pré-definidos. Mais: a supervisão compete ao país de origem da Instituição e não ao país de acolhimento onde, por hipótese, também exerça actividade. ⁽¹⁸⁾

4.2. O património da Instituição de Crédito também é especial: é composto por bens, direitos e obrigações extremamente voláteis, como são os depósitos, os créditos resultantes de financiamento e as obrigações de pagamento aos depositantes.

Trata-se, assim, de um património sujeito a deterioração rápida, a migração fácil.

São, por isso, necessárias medidas especiais, urgentes, de saneamento, de acautelamento e estancamento de eventuais fugas de capitais.

4.3. A Instituição de Crédito reveste, em princípio, a natureza de sociedade anónima de responsabilidade limitada, com um largo espectro de capital social, disperso por numerosos accionistas. De outro lado, maior é, ainda, o número dos clientes: aforradores, depositantes, e mutuários. Resulta, por isso, muito delicado o equilíbrio de interesses de todos os intervenientes.

4.4. Acresce que cada instituição faz parte do sistema bancário cuja credibilidade e solvabilidade são indispensáveis para o desenvolvimento económico e financeiro do país em que se integra.

O sistema financeiro, e sobretudo a sua componente bancária, são, de facto, nucleares, constituem sectores básicos da economia, determinantes do desenvolvimento dos demais sectores, designadamente, industrial e dos serviços.

A confiança no sector bancário é chamariz de aforro e investimento.

⁽¹⁸⁾ SIMÕES PATRÍCIO, Aspectos Jurídicos da Supervisão, *Scientia Juridica*, n.º 277, 1999. ROSA MARIA LASTRA, Banking Regulation in the 1990's, *Journal of International Banking Law*, vol. 14,2, 1999.

A desconfiança dos aforradores, pelo contrário, sendo estímulo para a fuga de capitais, gera desinvestimento.

Não admira, assim, que os Governos emprestem aos sectores bancários nacionais e a cada Instituição de Crédito, em particular, redobrada atenção.

E como as Instituições de Crédito ultrapassam as fronteiras, criando filiais e sucursais ⁽¹⁹⁾ noutros países, logo aparece a legislação supranacional, designadamente da União Europeia, na procura de salvaguarda do seu próprio espaço.

Hoje, as regras prudenciais, de constituição, gestão e manutenção das Instituições de Créditos têm âmbito comunitário, assentam em Directivas Comunitárias. A legislação bancária de cada país pertencente à U. E. é reconhecida pelos demais Países membros; é objecto de harmonização parcial, mitigada, pelo recurso ao princípio do reconhecimento mútuo.

4.5. O carácter atípico dos patrimónios das Instituições de Crédito, a tecnicidade e grau de exigência quanto à sua gestão, a delicadeza de que se reveste o bom funcionamento dos sistemas financeiros e, principalmente, do sub-sistema bancário, depositário por excelência, dos aforros, impõem regras de saneamento, dissolução e liquidação, altamente especializadas, susceptíveis de aplicação urgente, não compatíveis com as normas instituídas para os agentes económicos normais cujo destino depende, como já se exemplificou, apenas dos interesses dos credores.

O decurso dos prazos judiciais, a morosa tomada de decisão pelos órgãos jurisdicionais, a aliás, justificada concessão de generosa oportunidade de defesa dos interesses quer do insolvente quer dos seus credores, não são compatíveis nem com a defesa dos inte-

⁽¹⁹⁾ As filiais e *sucursais* são definidas, respectivamente, pelos números 12 e 13 da Directiva 12/00, acima referida. A definição de *filial* é remetida para os artigos 1.º e 2.º da Directiva 83/349/CEE; a *sucursal* é definida como *um centro de exploração que constitua uma parte, desprovida de personalidade jurídica, de uma instituição de crédito e efectue directamente, no todo ou em parte, as operações inerentes à actividade de instituição de crédito; vários centros de exploração criados no mesmo Estado membro por uma instituição de crédito com sede social noutro Estado membro serão considerados como uma única sucursal. A diferença maior entre a filial e a sucursal reside no facto de a primeira estar dotada de personalidade jurídica que a segunda não tem; além disso, a filial encontra-se em relação de domínio com a empresa mãe.*

resses dos pequenos aforristas, nem com o interesse público traduzido na credibilidade do sistema.

Estas as razões que consideramos determinantes do afastamento do regime comum das medidas de saneamento, dissolução e liquidação das empresas.

5. As noções de “Saneamento” e de “Liquidação”.

5.1. Temos de distinguir, muito claramente, dois conceitos: o de “Saneamento” e o de “Liquidação” de Instituições de Crédito. ⁽²⁰⁾

O primeiro diz respeito a medidas, procedimentos, actos ou contratos que tenham por finalidade tornar sã a instituição que o não seja. Isto é, as medidas de saneamento só serão aplicáveis a empresas que se encontrem em situação desequilibrada, técnica ou financeiramente: todavia, estas medidas só se justificam desde que a empresa tenha viabilidade estrutural, ainda que em desequilíbrio conjuntural. ⁽²¹⁾

A medida há-de, então, traduzir-se num instrumento de equilíbrio, conducente à viabilização da Instituição.

Na liquidação processual civil comum, portuguesa, estão consagradas como providências de recuperação, como já vimos, a *concordata*, a *reconstituição empresarial*, a *reestruturação financeira* e a *gestão controlada*.

São profundamente diferentes as medidas de saneamento aplicáveis às Instituições de Crédito; como a seguir veremos. Justamente pelas razões a que aludimos antes, em 4.

A liquidação das Instituições de Crédito traduz-se, fundamentalmente (e isso é comum à liquidação das demais empresas), num conjunto de operações tendentes ao apuramento e realização dos activos patrimoniais e ao pagamento dos credores após verificados e reconhecidos os créditos.

⁽²⁰⁾ Estamos a referir-nos à legislação portuguesa.

⁽²¹⁾ VARELA, J. ANTUNES, A Recuperação das Empresas Economicamente Viáveis, em Situação Económica Difícil, in “Legislação e Jurisprudência”, Ano 123, pág. 270, 271.

Logo por aqui se vê que a liquidação pressupõe outros actos que a determinem.

Em primeiro lugar, a *liquidação* poderá ter natureza *voluntária*; nesse caso, terá de resultar de deliberação tomada em conformidade com os estatutos sociais de que resulte a dissolução da pessoa colectiva e a liquidação do seu património. ⁽²²⁾

Mas pode também resultar de decisão judicial que, previamente, decreta a falência da pessoa colectiva e determine a liquidação do seu património.

Em ambos os casos, a liquidação será levada a cabo por liquidatários.

No caso específico das Instituições de Crédito há uma terceira possibilidade: a retirada de autorização para o exercício da actividade.

Sendo certo que as Instituições de Crédito só podem exercer a actividade bancária com autorização das autoridades competentes, fica também a estes o poder de lhes retirar essa autorização.

Pois bem: a falta daquela autorização impede o exercício ou seja destrói o objecto social, razão de existência da pessoa colectiva. ⁽²³⁾ Quer isto dizer que a retirada de autorização corresponde, em termos processuais cíveis, à declaração judicial de falência com dissolução da pessoa colectiva. A consequência não pode, então, deixar de ser a entrada em liquidação. ⁽²⁴⁾

De outro lado, instauradas medidas de saneamento, sem que este último resulte conseguido, não restará às autoridades competentes senão a retirada da autorização, e subsequentes dissolução e liquidação.

⁽²²⁾ Mas que não exige, necessariamente, uma situação de insolvência.

⁽²³⁾ Observa-se que a retirada da autorização não tem que fundamentar-se na situação de insolvência. Basta que a Instituição deixe de preencher os requisitos exigidos para a concessão daquela autorização.

⁽²⁴⁾ A conclusão pode parecer forçada ou mesmo errada por se atribuir a uma decisão meramente administrativa os efeitos de uma decisão judicial. Todavia, não se trata de uma conclusão nossa ou mesmo de interpretação analógica o que sempre teria de ser posto em causa. A conclusão resulta imposta directamente por lei, como consta do n.º 3 do art. 22.º do RGICSF: "A revogação da autorização implica dissolução e liquidação da instituição de crédito". E, nessas circunstâncias, há apenas que discutir a constitucionalidade desta norma, matéria que adiante estudaremos.

6. As medidas de saneamento previstas no RGICSF português.

As medidas de saneamento têm fundamentalmente em vista a manutenção de Instituições de Crédito, a protecção de interesses dos depositantes, investidores e outros credores, como ainda a salvaguarda das condições normais de funcionamento do mercado monetário, financeiro ou cambial. ⁽²⁵⁾

Como já vimos, não se aplicam às Instituições de Crédito os regimes gerais relativos aos meios preventivos da falência e aos meios de recuperação de empresas e protecção de credores.

Creemos que assim sucederá em todos os países da Europa Comunitária. Referimo-nos, no entanto, aqui, ao regime consignado no ordenamento jurídico português.

Na sequência da publicação do Livro Branco das Instituições Financeiras e da transposição, aliás dispersa, de algumas Directivas Comunitárias, o legislador português procedeu, em finais de 1992, com entrada em vigor em Janeiro de 1993, ao reajustamento e actualização do regime jurídico das Instituições Bancárias, ⁽²⁶⁾ mediante publicação do Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de Dezembro, que, seguidamente, designaremos por Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, ou mais simplesmente, por "Lei Bancária". ⁽²⁷⁾

Com esse diploma, procedeu-se à transposição (ou manutenção da legislação já transposta), das Directivas que encorpam esta matéria: a Directiva n.º 77/780 (Primeira Directiva de Coordenação Bancária; Directiva n.º 89/646 (Segunda Directiva de Coordenação Bancária); Directiva n.º 93/22; Directiva n.º 95/26; e Directiva n.º 96/13. ⁽²⁸⁾

Com relevância para o tema agora sob análise, o legislador tinha que tomar posição sobre a consagração de medidas de saneamento e liquidação.

⁽²⁵⁾ ATAÍDE, AUGUSTO, obra citada, pág. 572 e ss.

⁽²⁶⁾ Como já anotámos, na designação de Instituições Bancárias incluem-se as Instituições de Crédito e as Sociedades Financeiras.

⁽²⁷⁾ A. JESUS PEDRO, *Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, Regime Geral Anotado*, Ediforum, Lisboa, 1994.

⁽²⁸⁾ Estas Directivas foram revogadas e substituídas pela Directiva 2000/12 CE.

E qual foi a posição tomada?

Regulou e regulou bem, a nosso ver, sobre medidas ou providências de saneamento.

Pura e simplesmente, não legislou sobre liquidação.

As medidas de saneamento foram inovadoras na legislação portuguesa e desenvolvem-se no âmbito da competência da Administração Pública, mormente do Banco Central ⁽²⁹⁾ que também é autoridade competente em matéria de supervisão. ⁽³⁰⁾

É, aliás, dentro do próprio conceito de supervisão prudencial que se inscreve a actuação do Banco, ao impor as providências extraordinárias a que seguidamente nos reportaremos.

Era, pois, fácil ao legislador, ao Governo, movimentar-se nas suas próprias águas.

Não sucedia o mesmo no tocante à liquidação.

Nesta matéria, suscitavam-se e ainda se suscitam difíceis problemas de natureza jurídica.

O principal deles é que a liquidação envolve reconhecimento de direitos e, conseqüentemente, julgamento de facto e de direito.

Todavia, o julgamento assim visto compete aos tribunais e não à Administração Pública ou ao Banco Central.

Então, de duas uma; ou se entrega o reconhecimento, verificação e graduação dos créditos dos tribunais ou se mantém o velho sistema de liquidação efectuada por liquidatário, comissário do Governo.

Na primeira hipótese, fica por compatibilizar a competência das autoridades de supervisão e, sobretudo, a urgência e tecnicidade das suas decisões com a morosidade e o garantismo assegurado pelos tribunais; no segundo caso, colocam-se problemas de constitucionalidade que não têm sido cabalmente resolvidos na

⁽²⁹⁾ Ao Banco de Portugal estão cometidas as funções de supervisão que incluem poderes de regulamentar, de dar instruções, de autorizar, de fiscalizar e de sancionar. SARAIVA MATIAS, ob. cit. pág. 52 e ss, 67 e ss.

⁽³⁰⁾ Sobre o conceito e os problemas da supervisão, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *A Supervisão Consolidada dos Grupos Financeiros*, U.C.P., Porto, 2000, pág. 51 e ss; AUGUSTO ATAÍDE, ob. cit., pág. 556 e ss; MENEZES CORDEIRO, ob. cit. pág. 148 e ss; JOSÉ MARIA PIRES, *Direito Bancário*, Rei dos Livros, Lisboa, 1994, pág. 170 e ss; SARAIVA MATIAS, ob. cit. pág. 70 e ss. Sobre supervisão consolidada, CARLOS OLAVO, *Supervisão em Base Consolidada*, Revista da Banca, 1995.

medida em que a Constituição da República Portuguesa, em obediência ao princípio da separação de poderes, consignou aos tribunais o poder de julgar.

Perante este conjunto de dificuldades, o legislador português optou pela omissão e manteve o regime anterior. Far-lhe-emos referência, no número seguinte.

Agora, cabe uma nota sobre o regime das medidas de saneamento consagradas na nova Lei Bancária.

Em primeiro lugar, consagra-se um duplo dever de comunicação: o dever imposto aos órgãos da pessoa colectiva; e o dever imposto a cada um dos membros dos órgãos da mesma pessoa colectiva. Isto é, perante dificuldades previsíveis de incumprimento por parte da Instituição de Crédito, impende quer sobre o órgão de administração e fiscalização, quer sobre cada um dos seus membros o dever de o comunicar à autoridade de supervisão sob pena de cometimento de ilícito contraordenacional. ⁽³¹⁾

Tomado conhecimento, pela autoridade de supervisão, da situação desequilibrada da instituição, pode (deve) aquela entidade supervisora determinar uma medida de saneamento adequada à situação.

Trata-se de uma das designadas "*providências extraordinárias de saneamento*" que a Lei enuncia no art. 141.º do Regime Geral: apresentação, pela Instituição em causa, de um plano de recuperação; restrições ao exercício de determinados tipos de actividade; restrições à concessão de Crédito e à aplicação de fundos em determinadas espécies de activos; restrições à recepção de depósitos; imposição de constituição de provisões especiais; proibição ou limitação da distribuição de dividendos; sujeição de certas operações à aprovação da autoridade de supervisão.

Podem ainda ser nomeados administradores provisórios em substituição dos administradores eleitos em situações muito graves

⁽³¹⁾ O incumprimento de qualquer preceito constante do RGICSF constitui ilícito contraordenacional. Estes ilícitos são havidos como graves e especialmente graves e sancionados com coima e outras sanções acessórias. As coimas são aplicadas pelo Banco de Portugal, com recurso para os tribunais comuns. Podem ser punidas as pessoas singulares e colectivas.

como sejam: quando a instituição esteja em risco de cessar pagamentos; quando se encontre em situação de desequilíbrio financeiro tão grave que ameace a sua solvabilidade; quando a administração não ofereça garantias de actividade prudente; quando a organização contabilística não assegure credibilidade.

A autoridade de supervisão (o Banco de Portugal) poderá, ainda, nomear uma Comissão de Fiscalização, constituída por um revisor oficial de contas, por um elemento designado pela assembleia geral e por um revisor de contas designado pela Câmara dos Revisores Oficiais de Contas.

Os anteriores órgãos de administração e fiscalização poderão ser suspensos pelo período de um ano, renovável por iguais períodos.

As providências determinadas não obstam à manutenção de todos os direitos dos credores contra os co-obrigados ou garantes e não terão duração superior a um ano, apenas prorrogável por mais um ano.

No entanto, suspendem as execuções contra a Instituição e interrompem os prazos de prescrição.

Sendo certo que as decisões do Banco de Portugal estão sempre sujeitas a recurso, é criada, por via legal, a presunção de que a suspensão de eficácia das providências determina grave lesão do interesse público.

Desta forma, retira-se ao recurso o efeito suspensivo daquela decisão, conferindo-lhe o efeito meramente devolutivo. ⁽³²⁾

Se, com as providências extraordinárias, não for conseguida a recuperação, deverá ser revogada a autorização do exercício da

(32) Contra as decisões do Banco de Portugal, poderá reagir-se com dois tipos de acções: com a providência cautelar de suspensão da eficácia e com a acção de impugnação para anulação (art. 135.º do Código do Procedimento Administrativo) daquelas decisões. Ambas as acções correm no foro administrativo, uma vez que tais decisões têm a natureza de actos administrativos. A providência de suspensão só poderá, porém, ser decretada desde que, entre o mais, "não determine grave lesão do interesse publico" (alínea b) do art. 76 da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos). Ora, como se referiu, a presunção legal de lesão grave do interesse público impede que seja decretada a suspensão pelo que as decisões tomadas pelo Banco de Portugal prosseguem o seu curso e produzem todos os seus efeitos, até decisão final da acção principal de impugnação.

actividade, seguindo-se o regime de liquidação previsto na legislação aplicável.

7. O regime legal da liquidação das Instituições de Crédito.

Como acaba de anotar-se, a liquidação tem lugar logo que seja revogada a autorização do exercício da actividade, tenha ou não sido precedida de medidas de saneamento.

E natural seria que o próprio Regime Geral das Instituições de Crédito regulasse a matéria. Todavia, assim não acontece. Já acima aludimos às razões da omissão. A verdade é que, na listagem dos diplomas revogados pelo D.L. n.º 298/92 de 31 de Dezembro, não se encontra o D.L. n.º 30.689 de 27 de Agosto de 1940, mantendo-se, conseqüentemente, em vigor.

E foi mantido em vigor porque o legislador não quis ou não dispunha de condições para superar alguns obstáculos que se lhe colocaram.

Na verdade, estava, então, acesa a discussão sobre a constitucionalidade do sistema de liquidação por via administrativa, consagrado no velho Decreto-Lei n.º 30.689.

E não era fácil ao legislador qualquer das soluções mais óbvias: manter o sistema nas suas linhas fundamentais ou revogá-lo e entregar a liquidação ao sistema judicial. A primeira opção era insustentável face à jurisprudência que, entretanto, se foi formando no Tribunal Constitucional e que ia no sentido da inconstitucionalidade de vários preceitos do citado diploma. Como melhor veremos de seguida.

A segunda opção mostrava-se incompatível com as necessidades da regulamentação efectiva e, também, com as legislações de diversos países europeus com sistemas bancários muito próximos do português, até por força da transposição das Directivas Comunitárias.

O legislador cedeu à inércia e deixou as coisas como estavam.

De modo que, a partir de 1 de Janeiro de 1993, a nova lei passou a regular as providências de saneamento, mas não a liquidação, quando aquelas se mostrassem inoperantes. A liquidação conti-

nuaria a ser regulada segundo o velho sistema, agora eventualmente corrigido, pelas decisões dos Tribunais.

8. O problema da inconstitucionalidade da liquidação por via administrativa.

O principal problema que se colocava (e coloca) era o da constitucionalidade: de todo o sistema instituído pelo Decreto-Lei n.º 30.689 ou, apenas, de alguns dos seus preceitos, face à Constituição de República Portuguesa.

Em conformidade com aquele diploma, quando uma Instituição de Crédito suspende pagamentos, é-lhe concedido um prazo de noventa dias para que obtenha a normalização, sendo, desde logo, nomeado um Comissário do Governo para intervir na respectiva administração (artigo 1.º e 2.º).

Se, naquele prazo, não for regulada a situação por Portaria do Ministro das Finanças, será revogada a autorização para o exercício da actividade e ordenada a imediata liquidação que será levada a efeito por uma Comissão Liquidatária constituída pelo Comissário do Governo, que presidirá, e por dois vogais, sendo um deles representante dos credores e o outro representante do banqueiro singular ou dos seus sócios.

Nos termos do art. 21.º do citado decreto-lei, compete à Comissão Liquidatária, praticar todos os actos necessários à liquidação e partilha da massa da Instituição, bem como verificar o direito à restituição ou separação de bens e verificar, classificar e graduar os créditos sobre a massa.

Os credores só podem reclamar a verificação, classificação e graduação dos seus créditos à Comissão Liquidatária (art. 34.º).

Dispõe, ainda, o art. 26.º n.º 1 que as deliberações da Comissão Liquidatária serão sempre tomadas por maioria de votos e, em matéria contenciosa, por acórdão, admitindo-se recurso para a Inspeção da Comissão Bancária⁽³³⁾ cujas decisões ficam sujeitas a homologação do Ministro das Finanças.

⁽³³⁾ Em virtude da sua extinção, as funções da Comissão Bancária foram conferidas ao Banco de Portugal.

Confrontado este núcleo de normas com as disposições constantes da Constituição da República Portuguesa, mormente do seu art. 205.º, é inevitável a questão de determinar a respectiva compatibilização.

Na verdade, dispõe o preceito constitucional que na administração da justiça incumbe aos Tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e diminuir os conflitos de interesses públicos e privados.

O Tribunal Constitucional, no confronto que efectuou, entre aqueles dois núcleos de normas, concluiu, sem dificuldade, pela inconstitucionalidade, se não do sistema instituído pelo Decreto-Lei n.º 30.689, pelo menos de alguns dos seus preceitos (art. 21.º corpo e n.º 5, art. 22.º, art. 26.º, art. 34.º, e art. 37.º), na medida em que conferiram competência à Comissão Liquidatária para verificar, classificar e graduar Créditos. Todas estas são funções jurisdicionais, reservadas aos Tribunais, por força do art. 205.º da Constituição.

9. Reservas à jurisprudência da inconstitucionalidade.

Em conformidade com esta jurisprudência, a solução só poderia passar pela entrega da liquidação das Instituições de Crédito aos Tribunais comuns.

Tratar-se-ia de um conjunto de acções e decisões de *reserva do Juiz*, ou melhor dizendo, do *monopólio do Juiz*, competindo a este a primeira e última palavra, como expressamente se fez constar de um dos Acórdãos do Tribunal Constitucional (Acórdão 443/91 do D.R. 2.ª Série, de 02.04.92 – suplemento).

Parece, todavia, que o legislador não ficou inteiramente convencido e determinado a revogar o sistema. Para tanto contribuiu, como se disse, a semelhança de análogos sistemas, em funcionamento na espaço europeu.

Para tanto contribuiu, também, a imperiosa necessidade de salvaguarda do património das Instituições em crise e dos aforros nelas implicados, bem como, e sobretudo, do próprio sistema financeiro.

Aliás, vozes autorizadas, puseram em crise o rigor das decisões jurisprudenciais.

Desde logo, o próprio conceito constitucional de *Tribunal* é mais amplo do que parece deduzir-se dos referidos acórdãos.

Com efeito, é comumente aceite que um *Tribunal* pode ser constituído por *juízes do Estado*, mas também por *árbitros*; admitindo-se a constituição obrigatória ou voluntária dos Tribunais arbitrais.

Ora, ninguém põe em dúvida que o julgamento efectuado por Tribunal arbitral de constituição voluntária constitui uma autêntica decisão judicial constitucionalmente admitida (art. 211.º n.º 2 da C.R.P.).

E tanto basta para pôr em crise o conceito de Tribunal visado naquela jurisprudência.

Vozes muito conceituadas da doutrina⁽³⁴⁾ vieram, entretanto, e como se disse, amenizar o rigor das decisões judiciais, na tentativa de compatibilizar as disposições constitucionais fundamentadoras da reserva do poder judicial com a legislação nacional e estrangeira toda ela no sentido de um tratamento diferenciado das Instituições de Crédito como agentes do mercado financeiro.

A importância do sector financeiro, a complexidade dos elementos patrimoniais das instituições financeiras, a delicadeza dos interesses dos aforradores, o elevado número de sujeitos jurídicos implicados em operações de falência e de liquidação sempre levaram o legislador a criar sistemas especiais de tratamento, quer no que toca ao acesso à actividade quer no que concerne à fixação dos pressupostos ou requisitos do exercício daquela actividade.

(34) Vertidas em importante Parecer subscrito pelos constitucionalistas GOMES CANOTILHO E CANELAS DE CASTRO. Este parecer, mais tarde publicado na Revista da Banca, é citado e acompanhado, de muito perto, pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 449/93, publicado no D.R. de 29 de Abril de 1994, contrariando anterior jurisprudência como a dos Acórdãos 443/91 de 20 de Novembro, publicado no D.R. de 2 de Abril de 1992 e 393/93 de 5 de Maio de 1993, publicado no D.R. de 22 de Outubro de 1993; para além de outras decisões como a do 13.º Juízo Cível da Comarca de Lisboa, de 27 de Novembro de 1991, publicado na Revista Sub Judge, em 1992.

Ninguém contesta essa preocupação. E é assim que em todos os ordenamentos da Europa Comunitária existem sistemas de supervisão das Instituições de Crédito, sujeitando a criação destas a autorização e o seu funcionamento a fiscalização.

Não admira, assim, que o legislador reconheça, aliás com a melhor lógica, que quem autoriza possa também revogar a sua autorização, quando deixarem de verificar-se as condições da autorização. E ninguém contesta que quer a autorização quer a sua revogação sejam actos administrativos.

O problema é que, retirada a autorização, a Instituição cessa a actividade e não pode a respectiva massa patrimonial suportar demoras, nem na sua gestão nem na sua liquidação. Sob pena de descreditação do próprio sistema financeiro e grave dano do interesse público, terá de ser rápido o pagamento aos credores que serão, na sua maioria, pequenos depositantes aforristas.

Isto é uma evidência. E não há quem objecte. A questão que se suscita é, como vimos, a de saber se a determinação dos efeitos da falência por força da revogação da autorização e as subsequentes operações de liquidação traduzem usurpação do poder judicial.

Aludimos, antes, ao surgimento de sectores da doutrina, críticos da jurisprudência até então quase unânime, no sentido da inconstitucionalidade de várias normas do decreto lei em análise.

E a verdade é que tal doutrina obteve o efeito de inverter a orientação jurisprudencial.

Fundamentalmente, a mencionada doutrina distingue a *reserva de Juiz* ou *monopólio do Juiz* da garantia jurídico constitucional da *via judiciária*. E torna a interpretação constitucional imensamente mais flexível.

A diferença essencial está em que, com esta última, se assegura que pertencerá ao Juiz a última palavra, no processo, mas não a primeira, isto é, basta que seja assegurado o recurso contencioso para que se mostre assegurada a reserva da função jurisdicional.

São exemplos de garantia constitucional da via judiciária o recurso para os Tribunais comuns de aplicação de coimas pela

administração como também a própria impugnação contenciosa dos actos administrativos.

Ora, como já deixámos anotado, os actos praticados pela Administração com vista à retirada da autorização e entrada em liquidação, são actos administrativos, sujeitos por natureza, a impugnação contenciosa.

No seguimento desta doutrina, veio o Tribunal Constitucional, em sua clara sufragação, e contrariando-se a si mesmo, considerar constitucional o sistema do Decreto-Lei n.º 30.689, depois mantido em vigor pela nova Lei Bancária, de 1992.

Subjacente está, naturalmente, a possibilidade de recurso contencioso dos actos praticados pela Administração e pela própria Comissão Liquidatária.

10. Regime legal em vigor, quanto a medidas de saneamento e a processos de liquidação das Instituições de Crédito.

Relativamente às Instituições de Crédito é, então, o seguinte, o regime legal em vigor.

No que respeita à constituição, funcionamento, supervisão e medidas de saneamento, vigora o RGICSF aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de Dezembro que, aliás, praticamente se limitou à transposição de normas de direito comunitário.

No que concerne à falência, insolvência e liquidação, vigora o diploma de 1940, permeado de algumas dúvidas sobre constitucionalidade, com doutrina e jurisprudência a atormentarem-se na indecisão, balanceando entre o respeito pelos puros princípios constitucionais da separação de poderes e o pragmatismo de uma solução que se impõe pela eficiência e até pela exigência de conformação com ordenamentos jurídicos mais próximos.

Do que não há dúvida é que esta última — a legislação sobre a insolvência e liquidação — tem de ser revista.

E sê-lo-á, certamente, em função também das novas perspectivas do Direito Comunitário, já em vigor ou em preparação.

É destas novas perspectivas que vamos tratar na segunda parte deste trabalho.

II PARTE

INSOLVÊNCIA, MEDIDAS DE SANEAMENTO
E LIQUIDAÇÃO NO DIREITO COMUNITÁRIO

I

INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS DE CARÁCTER GERAL ⁽³⁵⁾

11. A Convenção sobre insolvência.

Constata-se, sem dificuldade, o esforço que tem sido feito pelo legislador comunitário, em cobrir quase todos os aspectos da vida empresarial. E, não obstante, só em 1995 foi criado um instrumento da maior relevância para uma das fases cruciais do percurso empresarial: exactamente o momento da determinação da sua insolvência, da sua dissolução e liquidação. Tornava-se, na verdade, inadmissível que a actividade das empresas fosse, cada vez mais, minuciosamente regulamentada por normas de direito comunitário, e que, ao invés, em caso de falência, fosse aplicável, exclusivamente, o direito nacional de cada Estado.

Obviamente, cada um dos Estados-membros legislava relativamente às suas empresas. Mas, em sistema de Mercado Comum, não chega regulamentação unilateral. Por essa razão, foi constituído um Grupo de Peritos que elaborou e concluiu o texto de uma *Convenção relativa aos Processos de Insolvência*, assinada em Bruxelas em 23 de Novembro de 1995 e que ainda aguarda ratificação da maior parte dos Estados-membros. Pela importância de que se reveste, pela proximidade que apresenta com a matéria que tratamos, pela semelhança dos processos a criar, ⁽³⁶⁾ pela aplicação

⁽³⁵⁾ Apesar das buscas insistentemente feitas, não nos foi possível encontrar outras referências bibliográficas sobre estes instrumentos legislativos, para além das indicadas, no texto.

⁽³⁶⁾ No decurso da elaboração da Directiva sobre Medidas de Saneamento e Processos de Liquidação de Instituições de Crédito foram notórias e até insistentes as referências às disposições da Convenção. Foi mesmo defendida uma maior aproximação entre os dois textos.

análoga que dela, certamente, irá ser feita, julgamos indispensável breve estudo do seu regime. ⁽³⁷⁾

A Convenção divide-se em seis capítulos.

Do Capítulo I constam as normas que determinam a competência internacional directa bem como a lei nacional aplicável por força de normas uniformes de conflitos.

O Capítulo II regula o reconhecimento e execução dos Processos de Insolvência abertos noutros Estados e os poderes do síndico.

No Capítulo III, regulam-se o Processos secundários e sua coordenação com o processo principal.

O Capítulo IV contém as normas relativas à reclamação de créditos bem como ao dever de prestar informações.

No Capítulo V, atribui-se competência ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para interpretar a Convenção e, finalmente, o Capítulo VI, para além das disposições transitórias e finais, contém normas reguladoras dos procedimentos de alteração dos Anexos, como também sobre as pessoas que podem ser reconhecidas como síndico.

A Convenção é aplicável aos Processos Colectivos ⁽³⁸⁾ de Insolvência e determina a nomeação de um síndico, com a inibição do devedor para a prática de actos de administração e disposição de bens.

De outro lado, como é evidente, a Convenção só regula efeitos produzidos entre Estados-membros, não com países ou em países terceiros.

Pode haver um processo principal e processos secundários ou locais.

Mas o princípio é o da “*universalidade*” ou seja, aberto o processo “*principal*” no Estado-membro em que se situe o centro de interesses do insolvente — todos os demais processos são por ele abrangidos.

A lei aplicável ao processo principal é a do Estado-membro em que o processo foi aberto (“*lex concursus*”).

⁽³⁷⁾ Há um Relatório Oficial sobre a Convenção relativa aos Processos de Insolvência elaborado por MIGUEL VIRGOS, da Universidade Autónoma de Madrid e por ETIENNE SCHMIT, magistrado no Luxemburgo, em documento policopiado.

⁽³⁸⁾ São *processos colectivos* porque, uma vez aberto o processo, os credores devem, através dele, procurar a satisfação dos seus créditos, ainda que aquele não seja conduzido por órgãos jurisdicionais; os credores podem, não obstante, suscitar questões relativamente à condução do processo ou às decisões nele proferidas, junto dos órgãos judiciais.

Regula-se, com especial cuidado, a reclamação de créditos: os credores, ainda que residentes no estrangeiro, devem ser notificados individualmente; os credores cuja residência, sede ou domicílio profissional se situe em qualquer dos Estados-membros podem intervir, directamente, no processo principal.

O *processo principal* é, como já se referiu, *universal*, de que resulta:

O devedor fica inibido de dispor e administrar todos os seus bens, ainda que situados em Estado-membro diferente daquele em que foi instaurado;

São abrangidos todos os credores, em perfeita igualdade de circunstâncias;

O processo principal produz efeitos em todos os Estados-membros, automaticamente, mesmo sem qualquer publicação;

Embora a execução das decisões, em cada país, esteja sujeita a verificação pelos Tribunais nacionais, estes não podem opor-se, quando aquelas se mostrem de acordo com a Convenção;

Não são possíveis execuções individuais contra os bens do devedor, situados em qualquer Estado contratante, sob pena de obrigação legal de restituição do que, por essa via, tenha sido obtido.

Há excepções relativamente a alguns bens ou direitos, como por exemplo os direitos reais pré-existentes; e os direitos de compensação. São, ainda, exceptados os bens e direitos sujeitos a registo. ⁽³⁹⁾ ⁽⁴⁰⁾

⁽³⁹⁾ Para proteger legítimas expectativas e a segurança das transacções em Estados diferentes do de abertura, estão previstas excepções à regra geral: assim, em alguns casos, excluem-se dos efeitos do processo de insolvência certos direitos sobre bens situados no estrangeiro, os direitos reais de terceiros, direitos à compensação nascidos antes da abertura do processo relativamente a créditos recíprocos, a reserva de propriedade sobre bens situados em Estado diferente do Estado de abertura do processo, os direitos emergentes de contratos previamente celebrados e relativos a bens imóveis, os direitos nascidos de transacções efectuadas em sistemas de pagamentos, os direitos emergentes de contratos de trabalho, e ainda os direitos sujeitos a registo.

⁽⁴⁰⁾ Vd. RELATÓRIO sobre a Convenção relativa aos processos de insolvência, referido supra, nota 37.

A Convenção admite a abertura de processos de insolvência “locais” ou “territoriais”, nos Estados em que o devedor tenha um estabelecimento, mas os “processos — locais” passam a *secundários*, logo que instaurado um processo principal, ou seja, no Estado-membro em que se encontre o principal centro de interesses do devedor.

Todavia, ainda quando haja apenas processos locais, não há limitação à intervenção de qualquer credor no âmbito desse processo.

Com a abertura de “processos locais” visa-se: em primeiro lugar, defender os interesses locais; em segundo lugar, cooperar com o processo principal quando este exista.

Naturalmente, todos os “processos locais” têm de estar coordenados com o processo principal. Esta coordenação compete ao síndico do processo principal.

Desta importante *Convenção* abordamos apenas, ao de leve, alguns aspectos, por duas razões fundamentais:

Primeira, porque não entrou ainda em vigor, em todo o espaço comunitário, por falta de ratificação da maior parte dos Estados-membros;

Segunda, porque por expressa disposição do n.º 2 do art. 1.º, a Convenção exclui do seu âmbito de aplicação os Processos de Insolvência relativos a Empresas de Seguros, a Instituições de Crédito, Empresas de Investimento prestadoras de serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários e, ainda, a Organismos de Investimento Colectivo.

Consequentemente, está fora do âmbito do estudo que nos propusemos.

E porque lhe fizemos então referência?

Exactamente por ser grande a similitude entre os regimes da Convenção e da Directiva que aqui estudamos.

Justamente porque a Directiva, em curso de publicação, se inspirou fortemente na filosofia desta Convenção, dela se afastando quando as especificidades das Instituições de Crédito o justificam.

Havemos de voltar a fazer-lhe algumas referências.

12. O Regulamento relativo ao processo de Insolvência.

Paralelamente à Convenção que acabámos de comentar, apresentou a Presidência do Conselho da União Europeia, em finais de 1999 (Doc. n.º 12529/99 de 11 de Novembro, um projecto de *Regulamento Relativo aos Processos de Insolvência*.⁽⁴¹⁾)

Trata-se de uma regulamentação de conteúdo muito semelhante ao da Convenção.

Mas, o que com ele se pretende é dotar a U. E. com um instrumento vinculativo, no mais breve tempo possível. A evolução do Mercado Comum para a União Económica e Monetária mostraram bem a desadequação da Convenção face à demora da sua entrada em vigor, em todos os Estados-membros, e, ainda, face ao seu carácter não vinculativo e universal.

Entendeu-se, pois, que a regulamentação dos processos da insolvência e da liquidação dos agentes económicos, pela importância de que se revestem, não poderiam esperar pela passividade de adesão dos Estados.

O Regulamento, porque directamente aplicável, em todos os seus elementos, em todos os Estados-membros (neste caso, com a excepção da Dinamarca por força do seu protocolo de adesão) é o mais adequado instrumento à rápida implementação das medidas.

Nele se previu, aliás, que com a sua entrada em vigor, cessam todas as convenções sobre matéria de insolvência, celebradas entre Estados-membros.

Só que, tal como na Convenção de 1995, também no projecto de Regulamento se excluem do respectivo âmbito de aplicação, as Empresas de Seguros e Instituições de Crédito, as Empresas de Investimento e os Organismos de Investimento Colectivo.

Estamos, pois, com o mesmo problema.

O referido *Regulamento*, embora certamente inspirador do que vier a ser legislado para as Instituições de Crédito, não pode, na verdade, ser-lhes aplicado.

Vamos, por isso, tê-lo presente, no nosso estudo da Directiva sobre Medidas de Saneamento e Liquidação de Instituições de Crédito.

Mas não mais do que isso.

⁽⁴¹⁾ Por iniciativa da República Federal da Alemanha e da República da Finlândia. O Regulamento entrará em vigor em 31 de Maio de 2002, tendo sido publicado no JOCE L 160 de 30 de Junho de 2000 — Regulamento CE n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000.

13. Referência à Directiva relativa à liquidação definitiva em sistemas de pagamentos.

Antes de prosseguir, temos de fazer referência a um outro instrumento de regulamentação comunitária, pelo impacto que produz no âmbito da Liquidação das Instituições de Crédito.

Trata-se da Directiva n.º 98/26/CE de 19 de Maio, publicada no JOCE L 166/45 de 11.06.98, relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e liquidação de valores mobiliários. ⁽⁴²⁾

Sucede, até, que esta Directiva, ao contrário da Convenção e do Regulamento, não exclui do seu âmbito de aplicação as Empresas de Seguros, as Instituições de Crédito, as Empresas de Investimento nem os Organismos de Investimento Colectivo. Tem, pois, aplicação universal.

É, por consequência, aplicável, em caso de insolvência, à liquidação de Instituições de Crédito, a menos que outro instrumento específico afaste a sua aplicação.

De entre as disposições deste instrumento normativo, sem prejuízo de lhe fazermos posteriores referências, achamos bem salientar, desde já, os seguintes aspectos os quais influenciam directamente a regulamentação da Directiva relativa às Instituições de Crédito. ⁽⁴³⁾

A Directiva é aplicável a qualquer “sistema” regulado pela legislação de um Estado-membro que realize operações com qualquer moeda que o sistema converta entre si;

Destina-se a minimizar as perturbações dos sistemas decorrentes de processos de falência intentados contra participantes nesses sistemas;

Visa contribuir para o reforço da eficácia de funcionamento dos mecanismos transfronteiras de pagamentos e da liquidação de valores mobiliários.

Em conformidade com aquela Directiva, as *ordens de transferência e compensação* que tenham sido introduzidas no sistema,

⁽⁴²⁾ IGNACIO, GÓMEZ SANCHA, La Ley 41/1999, de 12 noviembre, sobre Sistemas de Pagos y Liquidación de Valores, in Revista de Derecho Bancário y Bursátil, 77, 2000, pág. 225 e ss. A referida lei procede à transposição da Directiva.

⁽⁴³⁾ IGNACIO SANCHA, obra cit., in RDBB pág. 226.

antes do momento de abertura do respectivo processo, produzem efeitos contra terceiros. De outro lado, um processo de falência não terá efeitos retroactivos sobre os direitos e obrigações de um participante, decorrentes da sua participação no sistema ou a ele associados, antes do momento de abertura desse processo, como tal se entendendo o momento em que a autoridade judicial ou administrativa competente proferir a sua decisão.

Finalmente, também não serão prejudicados pela declaração de falência os *direitos de garantia* constituídos no *quadro de um sistema*; e quando as garantias forem constituídas por valores mobiliários inscritos num registo, conta ou sistema de depósitos centralizado, situado num Estado-membro, a determinação dos direitos regular-se-á pela legislação desse Estado-membro.

II

DIRECTIVA RELATIVA A MEDIDAS DE SANEAMENTO E PROCESSOS DE LIQUIDAÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO

14. Início e desenvolvimento dos trabalhos da Directiva relativa a Medidas de Saneamento e Processos de Liquidação de Instituições de Crédito.

14.1. A Directiva relativa ao Saneamento e Liquidação de Instituições de Crédito começou a ser preparada já na década de 80, mais concretamente, com uma proposta da Comissão, datada de 9 de Janeiro de 1986. ⁽⁴⁴⁾

Em 12 de Junho de 1986, foi emitido parecer pelo Instituto Monetário Europeu e, em 2 de Julho seguinte, pronunciou-se o Comité Económico e Social.

A Comissão apresentou nova proposta em 11 de Janeiro de 1987 de que o Parlamento Europeu fez a "*primeira leitura*" em 13 de Março de 1987.

⁽⁴⁴⁾ Para comentários sobre o antigo projecto, ZUNZUNEGUI, FERNANDO, obra citada, pág. 73.

O texto voltou a ser objecto de apreciação em COREPER ⁽⁴⁵⁾, em Dezembro de 1993 e em Novembro de 1995.

Não terá sido, entretanto, possível adoptar a Directiva, fundamentalmente, por razões de natureza política, mormente, por terem sido colocadas reservas inamovíveis por parte da Espanha e Reino Unido relativamente à aplicação da mesma no território de Gibraltar.

Este problema havia de perdurar, vindo a tornar-se conhecido como “*Questão de Gibraltar*”, por se ter constituído razão de bloqueio a diversos instrumentos de harmonização legislativa.

E só veio a ser superado em 19 de Abril de 2000, através de acordo celebrado entre ambos os Países.

Antes mesmo da resolução da “*Questão de Gibraltar*”, em Novembro de 1999, por iniciativa da Presidência Finlandesa, foram retomados os trabalhos da Directiva.

Na verdade, a Finlândia propôs a reactivação do processo de aprovação introduzindo duas questões prévias.

A primeira questão a resolver era a manutenção ou não dos Anexos nos quais se listavam as entidades competentes para efeitos de aplicação da Directiva e bem assim se definiam as principais medidas integradoras do Saneamento e Liquidação (à semelhança do que sucedia na Convenção e no projecto de Regulamento sobre Insolvência).

A segunda questão era a de saber se esta Directiva deveria ser “*alinhada*” com uma outra que se encontrava em semelhante estado de evolução: a do Saneamento e Liquidação de Empresas de Seguros. ⁽⁴⁶⁾

À primeira questão foi respondido afirmativamente, ou seja, que os Anexos seriam eliminados. Resultaria, desse modo, facilitada a tarefa de actualização, quando houvesse alterações legislativas nos Estados membros; evitava, por outro lado, a discussão (que seria política) entre a Espanha e o Reino Unido.

⁽⁴⁵⁾ Comité de Representação Permanente dos Estados-membros.

⁽⁴⁶⁾ Esta Directiva também já foi aprovada pelo Conselho. Com algumas regras próprias, o texto é muito próximo do da Directiva sobre Medidas de Saneamento e Liquidação de Instituições de Crédito.

A resposta à segunda questão foi negativa, isto é, a Directiva sobre “*Medidas de Saneamento e Processos de Liquidação de Instituições de Crédito*” não tinha de ser “alinhada” com a dos Seguros.

Alegaram-se diferenças essenciais quanto àquelas espécies de instituições, designadamente, quanto à actividade e composição do património.

Entretanto, colocavam-se, agora, novos problemas de compatibilização.

Como por exemplo, com a já referida Directiva relativa ao Carácter Definitivo da Liquidação nos Sistemas de Pagamentos e Liquidação de Valores Mobiliários (98/26/EC)⁽⁴⁷⁾ e com a Convenção⁽⁴⁸⁾ e Projecto de Regulamento⁽⁴⁹⁾ sobre Insolvência a que também já aludimos.⁽⁵⁰⁾

E foi, fundamentalmente, sobre estes aspectos de compatibilização que incidiram os trabalhos posteriores, finalizados em 19 de Abril de 2000.

14.2. Para a Directiva relativa ao Saneamento e Liquidação de Instituições de Crédito foram estabelecidos os seguintes *principais objectivos*:

- Assegurar o mútuo reconhecimento das Medidas de Saneamento e dos Processos de Liquidação, em todos os Estados-membros;
- Instituir como regra geral a aplicabilidade da legislação do Estado-membro de origem, excepto quando a própria Directiva preveja diversamente;

⁽⁴⁷⁾ Supra, n.º 13 e nota 42.

⁽⁴⁸⁾ Supra, n.º 11.

⁽⁴⁹⁾ Supra, n.º 12 e nota 41.

⁽⁵⁰⁾ A Directiva, que já se encontra em vigor, visa reduzir os riscos sistémicos resultantes da compensação de pagamentos ou liquidação de valores, evitando incumprimentos em cadeia. E contribui, mediante a manutenção das garantias, para a estabilidade da política monetária da U.E. A Convenção só entrou em vigor nos poucos Países que a ratificaram e com ela pretende instituir-se um regime jurídico de insolvência comum a todas as empresas do espaço comunitário. O Regulamento, que ainda não entrou em vigor, tem os mesmos objectivos da Convenção, mas pretende-se, com ele, uma aplicação imediata em todos os Estados-Membros, sem necessidade de ratificação. Em qualquer dos casos, nenhum destes instrumentos será aplicável às Instituições de Crédito.

- Assegurar a protecção de credores residentes em Estados membros diferentes do Estado membro de origem;
- Estabelecer canais adequados de informação sobre esta matéria, entre as autoridades dos diversos Estados-membros;
- Definir qual o direito aplicável em casos especiais, designadamente, o relativo a contratos de trabalho, direitos reais e outros;
- Criar medidas de protecção dos direitos de terceiros que hajam contratado com a instituição de Crédito após adopção de uma Medida de Saneamento ou após a abertura de um Processo de Liquidação;
- Determinar os efeitos das Medidas de Saneamento e do processo de Liquidação relativamente a outros processos judiciais já instaurados.

15. O carácter remissivo das normas da Directiva.

15.1. Comentaremos cada um dos objectivos acima enunciados, no número seguinte.

Aqui, cabe referir, apenas, que os efeitos da aprovação da Directiva, no tocante aos concretos casos de insolvência, saneamento ou liquidação, apenas ocorrerão decorridos mais de três anos da sua publicação. E não serão produzidos efeitos retroactivos.

De modo que, até lá, continuarão a regular esta matéria os ordenamentos jurídicos nacionais. Como até agora.

E depois?

Convém, desde já, deixar anotado que os ordenamentos jurídicos nacionais vão manter-se autónomos, com a entrada em vigor desta legislação comunitária. Sem prejuízo, naturalmente, de alterações a introduzir.

Na verdade, o (ainda) projecto de Directiva contém, apenas, normas de remissão, de direito internacional privado, não se imiscuindo no direito material dos estados membros.

O que sucede é que a Directiva remete para os vários ordenamentos jurídicos, adoptando como critério os elementos de cone-

xão mais próximos ou determinantes da aplicação do direito material. Dada, no entanto, a quase uniformização da regulamentação dos Estados-membros, os efeitos da remissão acabam por assemelhar-se à regulamentação material e directa.

Todavia, não pode deixar de reconhecer-se e relevar-se que a Directiva respeita plenamente as legislações nacionais, em nada com elas interferindo; nem tão pouco com os diversos sistemas judiciais ou administrativos reguladores da insolvência, saneamento ou liquidação.⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾

A Directiva cria, apenas, a teia de normas necessárias e adequadas à melhor protecção dos credores das Instituições de Crédito, independentemente do Estado-membro em que actuem ou se encontrem domiciliados.

Segue, de perto, os objectivos e o método da *Convenção* sobre Insolvência e do *Regulamento* sobre Insolvência mas deles se afasta, exactamente pelas razões que determinaram a não aplicação daqueles instrumentos de regulamentação.

A título de exemplo, abandona-se o sistema da definição, através de Anexos, das Autoridades Nacionais Competentes, como também dos instrumentos legais em vigor, em cada Estado-membro, evitando, como se referiu, as dificuldades de alteração legislativa comunitária, sempre que haja alteração legislativa nacional naqueles precisos aspectos.

Abandona-se, igualmente, alguma regulamentação de índole material, constante da *Convenção* e do *Regulamento*, no que respeita aos direitos reais, justamente com vista a evitar dificuldades ao legislador nacional de cada Estado.

Finalmente, não acompanha, integralmente, o regime de Saneamento e Liquidação de Empresas de Seguros, objecto de outro projecto de Directiva, produzido simultaneamente, reconhe-

⁽⁵¹⁾ A Directiva nem sequer define ou oferece parâmetros para definição da *situação económica difícil* ou da *insolvência*, determinantes da tomada de medidas ou da abertura de processos pelos Estados-Membros; não existe qualquer critério de *situação económica difícil* nem de *insolvência* diferente do estabelecido pelo Estado-Membro de abertura do processo. Por isso, o processo de liquidação é livremente desencadeado pelo Estado-Membro de origem.

⁽⁵²⁾ Para exemplo de questões surgidas nos Estados-Membros, ver ROBERTO CERCONI, comentário a uma sentença do tribunal de Frosinone, Banca Borsa e Titoli di Credito, LIII, 2000, pág. 323 e ss.

cendo-se, assim, e afirmando-se a especificidade da actividade das Instituições de Crédito face aos outros agentes do mercado financeiro.

15.2. O projecto de Directiva foi aprovado em Conselho de Ministros da União Europeia, com o seguinte relatório: *“No seguimento do Acordo alcançado entre a Espanha e o Reino Unido no que respeita à aplicação desta Directiva no território de Gibraltar, foram removidos os últimos obstáculos à adopção pelo Conselho, por maioria qualificada, deste importante instrumento do mercado único.*

O texto sofreu importantes alterações desde a sua apresentação inicial, tendo em conta a importante legislação, entretanto, adoptada (Segunda Directiva de Coordenação Bancária, Directiva n.º 89/646 EC, a Directiva sobre Garantia de Depósitos, Directiva n.º 94/19 EC, a Directiva sobre Liquidação Definitiva, Directiva n.º 98/26/EC e a Directiva Codificada, Directiva n.º 2000/12/EC, como ainda o projecto em curso da proposta de Directiva relativa ao Saneamento e Liquidação das Empresas de Seguros.

A Directiva proposta baseia-se nos princípios da “unidade” e da “universalidade”, o que requer que as Autoridades Administrativas ou Judiciais dos Estados-membros de origem tenham jurisdição exclusiva, sendo as suas decisões reconhecidas e executáveis pelos ordenamentos jurídicos dos outros Estados-membros, sem qualquer formalidade, para além do previsto na própria Directiva.

O art. 23.º da Directiva prevê uma excepção ao regime geral. Nos casos ali previstos, os efeitos das Medidas de Saneamento e Liquidação em certos contratos e direitos, são regulados pelo direito aplicável a esses contratos e direitos e não pelo direito do Estado-membro de origem, como por exemplo, os contratos de trabalho regem-se, exclusivamente, pelo direito aplicável ao contrato, tendo em vista a protecção do trabalhador.”

O projecto de Directiva segue, agora, a demais tramitação burocrática, com vista à sua publicação no JOCE (*).

(*) No âmbito do processo de co-decisão, foram apresentadas ao Parlamento Europeu algumas alterações, que acabaram por ser votadas e aprovadas em 16 de Janeiro de 2001. Não tendo tais alterações sofrido oposição das delegações nacionais, deverão ser introduzidas no texto da “posição comum” do Conselho.

III

AS NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO COMUNITÁRIO

16. Objectivos da Directiva.

16.1. A Directiva compõe-se de 29 artigos divididos em quatro títulos.

No primeiro título, constam o âmbito de aplicação e as definições; no título II, são reguladas as Medidas de Saneamento; o título III regula o Processo de Liquidação; o título IV contém disposições comuns às Medidas de Saneamento e aos Processos de Liquidação; e, no título V, contêm-se algumas disposições finais.

Teremos ocasião de percorrer o projecto de diploma, comentando as disposições mais importantes do regime criado.

Antes, porém, vamos identificar os *objectivos*, os *pressupostos* e os *princípios* em que assenta a nova legislação.

16.2. Já acima identificámos os objectivos: vamos comentá-los pela ordem enunciada:

A) Assegurar o mútuo reconhecimento das Medidas de Saneamento e dos Processos de Liquidação, em todos os Estados-membros.

Não se trata, por isso, de criar legislação única ou mesmo harmonizada que se imponha aos Estados-membros. O princípio do mútuo reconhecimento, já bem conhecido da U.E., sobretudo no âmbito da constituição e supervisão das Instituições de Crédito, com boas provas, aliás, traduz-se no reconhecimento, por cada um dos Estados-membros, da legislação interna de cada um dos outros Estados, no pressuposto, obviamente, de que todos eles regulamentem, de forma semelhante, o núcleo essencial das matérias objecto de reconhecimento mútuo.

Ao prosseguir esse objectivo, a Directiva, do mesmo passo que pretende levar os Estados a regulamentar as medidas de Saneamento e os Processos de Liquidação, respeita as legislações dos vários Estados.

Não são, por isso, criadas normas materiais de aplicação directa. É apenas identificada a legislação aplicável com o compromisso de que todos os demais países reconhecerão e respeitarão essa legislação.

B) Instituir como regra geral a aplicabilidade da legislação do Estado-membro de origem, excepto quando a própria Directiva preveja diversamente.

Quer o art. 3.º, com relação às Medidas de Saneamento, quer o art. 10.º, relativamente aos processos de liquidação, estabelecem normas uniformes de conflitos, mandando aplicar a lei do Estado-membro de origem a qual determinará quanto aos processos como quanto aos respectivos efeitos.

Não há, neste ponto, qualquer inovação relativamente, por exemplo, à supervisão das Instituições a qual compete, sempre, ao Estado-membro de origem e não ao Estado-membro de acolhimento.

Também na presente Directiva, a regra geral será a de que a lei aplicável é a do País de origem, ou seja, o País em que a Instituição em causa tem sede ou o seu principal centro de interesses.

Desde logo, porém, se admitem excepções. São as do art. 20.º, que esperamos comentar mais detalhadamente e dizem respeito, fundamentalmente, por razões diferentes, mas sempre por especiais vínculos de conexão, por exemplo, aos contratos de trabalho, aos direitos reais de gozo, aos contratos de compensação e novação, aos acordos de recompra, aos direitos que dependam de inscrição num registo público, às transacções de valores mobiliários efectuados em mercados regulamentados.

C) Assegurar a protecção de credores residentes em Estados-membros diferentes do Estado-membro de origem.

O princípio da “universalidade”, adiante comentado, implica que todos os credores ficam em igualdade de circunstâncias perante o devedor insolvente, independentemente do Estado-membro em que tenham domicílio.

Em conformidade com esse princípio, devem, por exemplo, os credores dos Estados-membros de acolhimento ser avisados

através de publicações na imprensa do seu País, dos seus direitos de recurso de eventuais Medidas de Saneamento já tomadas; devem os mesmos credores, quando conhecidos, ser avisados pelas autoridades do Estado-membro de origem, dos respectivos direitos, prazos a observar na reclamação dos seus Créditos, através de nota pessoal, redigida na sua própria língua ou língua oficial da Comunidade (art. 6.º, art. 14.º e art. 17.º).

D) Estabelecer canais adequados de informação sobre esta matéria, entre as autoridades dos diversos Estados-membros.

Para tanto, impõe-se às autoridades dos Estados-membros de origem que, sem demora, e por todos os meios adequados, notifiquem as autoridades dos Estados-membros de acolhimento da sua eventual decisão de aprovar quaisquer medidas de Saneamento (art. 4.º) ou vice versa (art. 5.º).

Do mesmo modo, as autoridades administrativas ou judiciais⁽⁵³⁾ do Estado-membro de acolhimento de uma sucursal de uma Instituição de Crédito com sede estatutária fora da comunidade devem informar, sem demora, por todos os meios adequados, as autoridades competentes dos outros Estados-membros de acolhimento em que a Instituição tenha criado sucursais, devendo aquelas autoridades coordenar as suas acções (art. 8.º n.º 2).

Semelhantemente, devem as autoridades competentes notificar as autoridades dos outros Estados-membros da decisão de instaurar Processos de Liquidação (art. 9.º n.º 2).

Além disso, os liquidatários⁽⁵⁴⁾ ou quaisquer autoridades administrativas ou judiciais asseguram a publicidade da decisão de abertura de Processos de Liquidação, no JOCE e em, pelo menos, dois jornais de circulação nacional de cada Estado-membro de acolhimento (art. 13.º).

⁽⁵³⁾ "As Autoridades Administrativas ou Judiciais" são definidas pela própria Directiva como sendo as Autoridades dos Estados-Membros competentes em matéria de medidas de saneamento ou de processos de liquidação. Fica, assim, à livre escolha de cada Estado.

⁽⁵⁴⁾ Também "o Liquidatário" é definido pela Directiva como qualquer pessoa ou órgão nomeado pelas Autoridades Administrativas ou Judiciais que tenha por função gerir o processo de liquidação.

E) Definir qual o direito aplicável em casos especiais, designadamente, o relativo a contratos de trabalho, direitos reais e outros.

O princípio da “*unidade*”, que adiante comentaremos, impõe que seja apenas um o direito aplicável ao processo. E elegeu-se para aplicável, em princípio, a legislação do Estado-membro de origem, ou seja, do Estado-membro em cujo território se situa a sede estatutária da instituição em causa (art. 1.º). (55)

Só em casos muitos especiais, merecedores de especial protecção, se admite como aplicável outra legislação.

E quando as normas de conflitos remetem para outra “lei aplicável”, referem-se ao direito interno de cada Estado-membro designado pela norma, com exclusão das normas de direito internacional privado desse Estado.

Por exemplo, para protecção do trabalhador e para que este não seja confrontado com situações imprevisíveis, nos termos do seu contrato de trabalho, a Directiva prevê que os efeitos das Medidas de Saneamento ou da abertura de um Processo de Liquidação, sejam também determinados pela legislação reguladora do contrato e não pela legislação do Estado-membro de origem.

Na verdade, entende-se que sairá reforçada a segurança jurídica do trabalhador com a manutenção dos efeitos do seu *contrato de trabalho*, se sujeito à legislação do seu próprio País, mesmo em caso de falência; incerto e inseguro seria que os efeitos do contrato pudessem vir a ser determinados por outro ordenamento jurídico, porventura desconhecido.

Assim, também, no que concerne aos direitos reais de gozo, sobre imóveis, começando, desde logo, pela classificação dos bens em móveis ou imóveis.

(55) As definições de “*Estado-Membro de origem*” e de “*Estado-Membro de acolhimento*” são remetidas para a Directiva n.º 2000/12/CE. O primeiro é o Estado-membro no qual uma Instituição de Crédito tenha sido autorizada; o segundo é o Estado-membro no qual uma Instituição de Crédito tenha uma sucursal ou preste serviços.

Esta última Directiva “codificou” todas as anteriores Directivas relativas ao acesso à actividade das Instituições de Crédito e ao seu exercício as quais ficaram, por isso, revogadas.

Integrando os *direitos reais de gozo* um dos direitos fundamentais, como é o direito de propriedade,⁽⁵⁶⁾ compreende-se que cada sistema jurídico os tipifique, lhes dê um tratamento especial e até os sujeite a registo. Dificilmente, por isso, poderia um sistema jurídico ser substituído por outro, quando se tratasse de definir tais direitos no âmbito da Insolvência ou da Liquidação. Esta a razão pela qual o legislador comunitário manda aplicar, para definição dos efeitos de uma Medida de Saneamento ou de um Processo de Liquidação, a legislação do Estado-membro onde o bem imóvel se situa.

Excepção é também a respeitante à definição dos efeitos das convenções de *compensação* e de *novação* (*contractual netting*)⁽⁵⁷⁾ e aos *acordos de recompra* (*repurchase agreements*)⁽⁵⁸⁾ os quais se regulam, exclusivamente, pela lei do Estado-membro aplicável a essas convenções.

Também os direitos relativos a *bens imóveis* ou a *valores mobiliários sujeitos a registo* são definidos pela lei do Estado-membro a que pertence ou onde se situa esse registo.

Entende-se, em todos estes casos, que, por um lado, poderiam sair defraudadas as expectativas do titular do direito, criando-se insegurança jurídica, para além de ser demasiado complexo que um sistema jurídico interferisse noutro cujo registo fosse constituído ou condicionante da transferência desses mesmos direitos.

⁽⁵⁶⁾ Assim, pelo menos, é entendido pela Constituição da República Portuguesa.

⁽⁵⁷⁾ O *contractual netting* encontra-se, hoje, regulado no n.º 3 do Anexo III da Directiva 2000/12/CE, de 20 de Março de 2000 que revogou a Directiva 96/10/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Trata-se de contratos bilaterais nos termos dos quais os direitos e obrigações recíprocos são automaticamente compensados de tal modo que resulte fixado um único montante líquido, dando origem a um novo contrato, único e vinculativo, que extingue os contratos anteriores.

⁽⁵⁸⁾ Os *acordos de recompra, contratos de reporte*, modernamente designados por *repos*, são operações mediante as quais um dos agentes vende activos a outro agente e, ao mesmo tempo, e fazendo parte da mesma operação, compromete-se a comprar os mesmos activos, numa data futura e a um preço determinado. No fundo, esta operação acaba por consistir num financiamento a determinada taxa de juro a qual é determinada pela diferença entre os preços de venda dos activos a contado e de recompra a prazo.

BOLSA DE DERIVADOS DO PORTO, *Um mercado de Repos em Portugal*, Série Moderna Finança, Porto, 1996, pág. 7 e ss.; IGNAZIO IGLESIAS ARAÚZO y JAIME ESTEBAN VELASCO, *Repos y Operaciones Simultáneas: Estudio de la Normativa*, Banco de España, Servicio de Estudios, 1995, pág. 8.

E se, por recurso ao critério utilizado, não existindo Estado-membro de acolhimento, estes casos fossem regulados por lei de País terceiro?

Em nosso entender, caberá ao Estado de origem decidir se é ou não aconselhável abrir uma excepção à aplicação da sua lei nacional e em que termos o deverá fazer. Aliás, tratando-se de regulamentação intracomunitária e parcial, deverá sempre ser completada pelas normas nacionais de direito internacional privado do Estado de origem, isto é, de abertura do processo. ⁽⁵⁹⁾

F) Criar medidas de protecção dos direitos de terceiros que hajam contratado com a instituição de Crédito, após adopção de uma medida de Saneamento ou após a abertura de um processo de Liquidação.

Este objectivo é prosseguido, em primeiro lugar, através da consagração do direito de reclamação de créditos. E para que os credores o possam fazer, é obrigatória a publicação de um *Aviso de Reclamação de Créditos*, com indicação dos *prazos* a observar, em jornais de grande divulgação, quer no Estado-membro de origem, quer nos Estados-membros de acolhimento.

De outro lado, quem tenha cumprido uma obrigação em benefício de Instituições de Crédito, devendo tê-lo feito em benefício do liquidatário, fica totalmente liberado da sua obrigação, desde que não tenha tido conhecimento da abertura do processo. Presume-se que não teve conhecimento quem cumpriu antes da execução das Medidas; presume-se que teve conhecimento quem cumpriu após a execução das Medidas, admitindo-se, no entanto, prova em contrário.

Finalmente, se por acto praticado após a adopção de uma Medida de Saneamento ou abertura de um Processo de Liquidação, a Instituição de Crédito vier a dispôr, a título oneroso, de *bens imóveis ou móveis e direitos sujeitos a registo*, a validade do acto é determinada pela lei do Estado-membro em cujo território se situa o bem ou se procede ao registo.

⁽⁵⁹⁾ Neste mesmo sentido, Comentário à Convenção, já citado.

G) Determinar os efeitos das medidas de Saneamento e do processo de Liquidação relativamente a Processos judiciais já instaurados.

Os efeitos das Medidas de Saneamento ou do Processo de Liquidação sobre um processo pendente relativo a um bem ou direito de que a instituição de Crédito tenha sido privada, regulam-se exclusivamente pela lei do Estado-membro em que se encontre pendente o processo.

É para nós absolutamente indispensável que assim seja. Mal se entenderia a suspensão de um processo instaurado com base nos direitos, constituídos num Estado-membro para ser julgado noutro Estado-membro onde, eventualmente, fosse diferente a natureza e o conteúdo dos direitos em causa. Acresceriam as dificuldades da prova, sem nenhum benefício para a definição daqueles direitos.

O que a Directiva consagra é que a definição do direito seja operada pela lei e pelo Tribunal do Estado-membro onde foi constituído.

Uma vez definido o direito, passará, então, o respectivo processo a apenso do processo principal, a correr no Estado-membro de origem, para que, no âmbito deste, se reconheçam e graduem os créditos.

Tendo esta solução como boa, já não é tão convincente que esta regra deva limitar-se a processos relativos a bens ou direitos de que a Instituição de Crédito tenha sido privada. E porque não todos os processos em que a Instituição seja parte?

Seria esta última a nossa opção, sobretudo tratando-se de processos declarativos. Em nosso entender, a regra da continuação do processo no País em que tenha sido instaurado, deveria abranger todos os processos de natureza declarativa em que a Instituição em causa fosse parte.

Já a execução poderia correr por apenso ao processo principal, naturalmente, com recurso ao foro do Estado-membro competente para a execução, em função das regras do processo, e no âmbito do Direito Internacional Privado.

17. Princípios orientadores da Directiva.

São os seguintes os grandes princípios que vemos consagrados no texto da Directiva:

A) O princípio da supressão de todos os obstáculos à liberdade de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços.

De facto, consagra-se a igualdade de todos os credores, independentemente do Estado-membro em que residam ou tenham os seus negócios. Já comentámos suficientemente este aspecto.

B) O princípio da unicidade através do qual a Instituição de Crédito e suas sucursais constituem uma única entidade, sujeita à supervisão das autoridades do estado membro de origem.

O mesmo princípio levará a consagrar a regra da aplicação da lei do Estado-membro de origem às Medidas de Saneamento e aos Processos de Liquidação.

C) O princípio do reconhecimento mútuo.

Seria impensável, com a diversidade existente entre os vários sistemas jurídicos, a harmonização imediata, da legislação comunitária.

Com o princípio do mútuo reconhecimento, a que já antes nos referimos, mantém-se a individualidade de cada sistema. Basta que se determine qual o aplicável em cada caso. E isso já vimos antes.

Mas é ainda necessário que cada sistema contenha as normas necessárias e adequadas ao tratamento integral da Insolvência quer no que respeita às Medidas de Saneamento quer no que respeita aos Processos de Liquidação.

O princípio do mútuo reconhecimento implica isso mesmo. De outro modo, haveria reconhecimento de quê? A vantagem está em que cada País poderá adoptar as fórmulas que melhor entender, adaptar-se às suas instituições e condicionalismos, para regulação das mesmas matérias essenciais.

O compromisso dos Estados-membros será o de respeitar a legislação dos outros.

Prevenindo eventuais dificuldades internas de cada Estado, acautelando a regulamentação indispensável por cada Estado-membro, o legislador não deixou de identificar as matérias e aspectos que considera essenciais e impôs que todos os Estados, destinatários da Directiva, legislem sobre eles.

Assim, cada Estado-membro deverá poder determinar:

- Quais os bens que fazem parte da massa falida e o destino a dar aos bens adquiridos após a abertura do processo de Liquidação;
- Quais os poderes que competem à Instituição de Crédito e ao seu liquidatário;
- Quais as condições de oponibilidade a uma compensação;
- Quais os efeitos do Processo de Liquidação sobre os contratos em vigor em que a Instituição seja parte;
- Quais os efeitos do processo de Liquidação sobre as acções intentadas por credores individuais;
- Quais os créditos a reclamar ao passivo da Instituição e o destino a dar aos créditos nascidos após a abertura do processo de Liquidação;
- As regras relativas à reclamação, verificação e aprovação dos créditos;
- As regras de graduação de créditos, da distribuição do produto e das definições dos direitos dos credores que tenham sido parcialmente satisfeitos após a abertura do Processo da Liquidação, em virtude de um direito real ou por compensação;
- As condições e efeitos do encerramento do processo de Liquidação, nomeadamente por concordata;
- Os direitos dos credores após o encerramento do processo de Liquidação;
- A imputação das custas e despesas do processo de Liquidação;
- As regras referentes à nulidade, à anulação ou à inoponibilidade dos actos prejudiciais ao conjunto dos credores.

Acabamos de listar, com o maior rigor, o disposto no art. 10.º da Directiva, por atribuímos a esta matéria a maior importância.

Admitindo que todos os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros estejam dotados de normas sobre as matérias referencia-

das, não é difícil imaginar que muitos deles venham a reconhecer a necessidade de reformulação, de adaptação daquelas normas, se não mesmo a sua criação, com vista à aquisição do equipamento que, agora, lhes é imposto.

Em nosso entender, todos os Estados-membros terão de proceder à revisão da sua legislação para poderem, com clareza, dar satisfação à Directiva.

D) O princípio da universalidade,

por força do qual as Medidas de Saneamento e os Processos de Liquidação se aplicam em todos os Estados-membros e a todos os credores da Instituição, em igualdade de circunstâncias, sem necessidade de qualquer especial formalidade.

E) O princípio da igualdade de tratamento dos credores,

nomeadamente no que toca às possibilidades de reclamação de créditos, e ao recurso das decisões tomadas pelas autoridades administrativas ou judiciais.

Designadamente, não podem ser rejeitadas reclamações com o fundamento em que o credor reside no estrangeiro, desde que se trate de Estado-membro. Mas é o País de origem que regula o direito de reclamação dos credores extra-comunitários. Do mesmo modo, é a lei do Estado-membro de origem que determina o prazo da reclamação, as consequências de uma reclamação tardia, a admissibilidade da reclamação de qualquer credor.

18. Pressupostos do funcionamento do regime criado pela Directiva.

Convém identificar alguns pressupostos de funcionamento do regime agora criado, os quais são extraídos de outras normas comunitárias ou expressamente instituídos para esse efeito.

Identificamos como *pressupostos*:

- *A Instituição de Crédito deve ter sede num dos Estados-membros; não tendo sede num dos Estados-membros, a Directiva só é aplicável se a Instituição de Crédito tiver sucursais em mais do que um Estado-membro;*

- *A Directiva sobre Saneamento e Liquidação pressupõe a manutenção da adesão obrigatória de todas as Instituições de Crédito aos sistemas de garantia de depósitos;*
- *É indiferente para o legislador comunitário a natureza administrativa ou judicial das Autoridades Competentes ou dos actos por elas praticados;*
- *Determinadas medidas, designadamente as relacionadas com as condições de autorização, já beneficiam do reconhecimento mútuo;*
- *Terá de haver coordenação das diversas autoridades administrativas ou judiciais, sobretudo no que se refere às Medidas de Saneamento e Processos de Liquidação das sucursais de Instituições com sede em Países terceiros;*
- *Deverá manter-se, sempre, ao longo dos Processos que venham a ser instaurados, o papel de acompanhamento antes desempenhado pelas autoridades do País de origem;*
- *É admitida a Liquidação voluntária de uma Instituição de Crédito, desde que se mostre solvente e a isso não obstem as autoridades competentes;*
- *A revogação da autorização do exercício da actividade bancária determina, necessariamente, a abertura do Processo de Liquidação;*
- *O presente regime em nada prejudica as disposições da Directiva relativa ao Carácter Definitivo das Operações de Liquidação, no âmbito de sistemas de pagamento (Directiva 98/26/CE);*
- *Não é aplicável às Instituições de Crédito o regime instituído pela Convenção de Insolvência nem pelo Regulamento relativo à Insolvência. Como resulta, por exclusão expressa, do próprio texto destes instrumentos legais.*

19. Noção de “Medidas de Saneamento” e de “Processos de Liquidação”, no contexto da Directiva.

As medidas de Saneamento distinguem-se, claramente, dos Processos de Liquidação.

As primeiras destinam-se a manter ou restabelecer a situação financeira de uma Instituição de Crédito. ⁽⁶⁰⁾

Como já exemplificámos, na descrição do caso português, podem consistir na suspensão de pagamentos, na suspensão de medidas de execução, na redução de créditos, na proibição da prática de certos actos.

O processo de Liquidação tem um fim completamente diferente. Com ele, visa-se proceder à distribuição dos bens pelos credores, sob a fiscalização e com o acompanhamento das Autoridades administrativas ou judiciais de um Estado-membro.

Em termos gerais, dizem os autores clássicos que “a Liquidação é um complexo de actos que é necessário praticar para reduzir os valores da sociedade a uma massa partilhável entre sócios” ⁽⁶¹⁾ ou então que é o “conjunto de actos realizados com o fim de dar ao património social uma constituição que, ressalvados os direitos de terceiros e tendo em conta as convenções entre os sócios, ou na falta delas, os critérios legais, permite atribuir individualmente aos sócios os elementos existentes”. ⁽⁶²⁾

Não é diferente o conceito de Liquidação constante da Directiva, nele se incluindo, aliás, as concordatas e outras medidas análogas. ⁽⁶³⁾

Acresce, no entanto, que quer as Medidas de Saneamento quer os Processos de Liquidação devem ser fiscalizados ou directamente levados a efeito pelas Autoridades administrativas ou judiciais de um dos Estados-membros, sendo o processo de Liquidação gerido por um liquidatário (pessoa singular ou colectiva) designado por aquelas Autoridades.

A especificidade dos conceitos e, naturalmente, da natureza e finalidades das Medidas de Saneamento, por um lado, e da Liquidação, por outro, determinou um tratamento muito diferenciado.

⁽⁶⁰⁾ ZUNZUNEGUI, ob. citada, pág. 376 e ss., distingue saneamento financeiro, saneamento de gestão e saneamento patrimonial.

⁽⁶¹⁾ JOSÉ TAVARES, *Sociedades e Empresas Comerciais*, Coimbra Editora, 1924, pág. 661.

⁽⁶²⁾ RAÚL VENTURA, *Dissolução e Liquidação de Sociedades*, Almedina, pág. 30.

⁽⁶³⁾ Há, aqui, que distinguir a liquidação voluntária da liquidação forçada, judicial ou concursal. Em qualquer das modalidades, se visa satisfazer os direitos dos credores, atribuindo o remanescente aos sócios. No caso específico das instituições de crédito, poderá sempre ter lugar a intervenção das autoridades competentes do sistema financeiro.

Assim, também, ZUNZUNEGUI, obra cit. pág. 383 e ss.

Assim, a Directiva trata, em diferentes capítulos, as Medidas de Saneamento e os Processos de Liquidação.

Vamos ver em que termos.

20. Regime das Medidas de Saneamento.

São diferentes os regimes, consoante se trate de Instituições de Crédito com sede estatutária na Comunidade ou de Instituições de Crédito com sede fora da Comunidade.

Relativamente à execução de Medidas de Saneamento em Instituições de Crédito com sede na Comunidade, são as seguintes as principais regras.

20.1. São as Autoridades (administrativas ou judiciais) do Estado-membro de origem da Instituição que têm competência para determinar a instauração das Medidas, aplicando a legislação desse Estado-membro, ainda que relativamente às Sucursais situadas noutro Estado-membro.

As Medidas assim tomadas produzem efeito imediato em todos os Países da Comunidade, sem qualquer outra formalidade, e ainda que a legislação de alguns Estados as não preveja.

20.2. Antes de aplicar quaisquer Medidas de Saneamento, ou imediatamente após, devem as Autoridades comunicar o facto aos Estados-membros de acolhimento das respectivas Sucursais. Comunicação inversa terá lugar, havendo necessidade de tomar medidas em qualquer das Sucursais. Do mesmo modo, a aplicação das Medidas deve ser objecto de publicação no Jornal Oficial das Comunidades Europeias e nos Estados-membros de acolhimento, com vista ao conhecimento de todos os interessados, desde logo lhes facultando elementos para a respectiva intervenção.

20.3 São absolutamente idênticos os direitos dos credores, conforme tenham o seu domicílio no País de origem ou noutro qualquer Estado-membro.

20.4 Tratando-se de Instituições de Crédito com sede estatutária fora da Comunidade, o que está em causa é, obviamente, a

aplicação de Medidas de Saneamento à Sucursal em Estado-membro de acolhimento. Neste caso, a competência é deferida a esse Estado-membro, o qual deverá informar as autoridades competentes dos demais Estados-membros em que existam Sucursais daquela mesma Instituição de Crédito. O legislador limita-se, a este propósito, a consignar o dever de as Autoridades dos Estados-membros se esforçarem por coordenar as suas acções. Em nosso entender e sem prejuízo dessa “recomendação”, é às Autoridades do Estado-membro que desencadeou a tomada das Medidas que compete aquela coordenação, nos mesmos termos que ela é deferida ao País de origem quando a Instituição tenha sede na Comunidade.

21. Regime do Processo de Liquidação.

Também quanto aos Processos de Liquidação há dois regimes, consoante a Instituição tenha sede na Comunidade ou fora da Comunidade.

Vejamos os principais traços dos respectivos regimes.

21.1. Só as Autoridades ⁽⁶⁴⁾ do Estado-membro de origem têm competência para instaurar processo de Liquidação de Instituição de Crédito (neste incluindo as suas Sucursais estabelecidas noutros Estados-membros). E tal como sucede no regime da Convenção sobre Insolvência, também aqui o Processo de Liquidação tem de fundamentar-se em situação de insolvência.

Proferida a decisão, esta produz, em todos os Estados-membros, os mesmos efeitos que no País de origem. Por isso, se possível ainda antes de tomar a decisão, devem as Autoridades do Estado-membro de origem dar a conhecer às congéneres dos Estados-membros de acolhimento o projecto da decisão e os efeitos que a mesma desencadeia.

⁽⁶⁴⁾ Já vimos que as autoridades podem ser administrativas ou judiciais. A Directiva nada impõe aos Estados a tal respeito; até porque há Estados-membros como o Reino Unido e a Irlanda que adoptam processos colectivos não judiciais. Estes devem, porém, estabelecer garantias suficientes de acesso aos tribunais. A ideia é a de flexibilizar, o mais possível, a intervenção dos Estados-membros.

21.2. Não fica vedada a possibilidade da Liquidação voluntária, ⁽⁶⁵⁾ determinada pelos órgãos sociais da Instituição; todavia, a deliberação social deve ser precedida de consulta às Autoridades do Estado-membro de origem.

Aliás, a Liquidação voluntária não impede a adopção de eventuais Medidas de Saneamento ou a abertura de um Processo de Liquidação.

Consagra-se, por esta via, o primado dos interesses dos credores, por um lado, e da credibilidade do sistema financeiro, por outro lado, cuja defesa compete, em ambos os casos, às Autoridades nacionais.

21.3. A abertura de um processo de Liquidação implica, necessariamente, a *revogação da autorização* do exercício da actividade pela Instituição; a actividade poderá, não obstante, ainda prosseguir, mas apenas na medida e enquanto necessária para os efeitos da liquidação, sempre sob o controlo das Autoridades do País de origem.

21.4. A instauração do Processo de Liquidação deve ser publicitada, sendo, porém, os credores conhecidos avisados, pessoalmente. Deste aviso deve constar tudo o necessário ao cabal exercício dos respectivos direitos.

Os credores com domicílio na Comunidade têm o direito de reclamar os seus créditos ou de apresentar por escrito, observações quanto a eles, devendo ser reconhecidos e graduados em perfeita igualdade, independentemente do Estado do domicílio do credor.

21.5 Quanto às Instituições de Crédito com sede estatutária fora da Comunidade, há que registar algumas especificidades.

Antes de mais, deve notar-se que o processo só terá lugar quando haja Sucursais daquela Instituição em mais de um Estado-membro.

Depois, qualquer dos Estados-membros de acolhimento de uma daquelas Sucursais poderá desencadear o processo, relativamente à Sucursal desse Estado, avisando, antes de o fazer, se possível, ou

⁽⁶⁵⁾ Podendo esta, naturalmente, não ter como fundamento a situação de insolvência, mas, antes, a simples motivação dos sócios.

imediatamente após, o outro ou os outros Estados-membros em que também existam Sucursais daquela Instituição de Crédito.

A formulação da obrigação de informar os Estados pode causar perplexidade por não impôr, como seria desejável, que as Autoridades comuniquem, sempre, a mera intenção.

Quer-nos parecer que a justificação do regime consagrado naquela fórmula reside no facto de as Autoridades poderem ser administrativas ou judiciais. E, enquanto tratando-se de Autoridades administrativas, não parece difícil a comunicação prévia, outro tanto não sucede quando a Autoridade competente para a tomada de decisão for judicial. De facto, não parece aceitável impôr a um Tribunal que manifeste a intenção da decisão a proferir.

Retomamos aqui as mesmas considerações que fizemos quanto às Medidas de Saneamento: deve ser coordenada a actuação das várias Autoridades, competindo a coordenação, em primeiro lugar, às Autoridades do País que tiver, em primeiro lugar, desencadeado o processo.

22. Aspectos comuns às Medidas de Saneamento e aos Processos de Liquidação.

22.1. Já tivemos oportunidade de mostrar que, em certos casos, não é aplicável a lei do Estado-membro de origem, mas a legislação de outro Estado-membro que se mostre em especial conexão com a matéria a regular. ⁽⁶⁶⁾ E essa excepção ao regime da "*lex concursus*" tem lugar quer no que toca às Medidas de Saneamento, quer no que respeita aos Processos de Liquidação.

22.2. Designadamente, dispõe a Directiva que não é aplicável a "*lex concursus*" quando se trate de aplicar as regras relativas à nulidade, anulação ou inoponibilidade de actos prejudiciais ao conjunto dos credores, quando o beneficiário demonstre que o acto em causa é regulado por lei diferente da do Estado-membro de origem e ainda que, naquele preciso caso, essa lei não permite a impugnação do acto, por nenhum meio.

⁽⁶⁶⁾ Supra, n.º 16.2 B) e E).

Bem se vê que o que se pretende é a defesa do interessado, garantindo-lhe a legítima expectativa fundada na lei ao abrigo da qual o acto foi praticado.

De outro modo, poderiam aquelas expectativas ser defraudadas apenas porque, por razões de circunstância, passasse a ser aplicável a lei de outro Estado-membro.

É também o caso dos *acordos de compensação* e dos *acordos de recompra*.

A Directiva confere à compensação e ao acordo de recompra um tratamento análogo ao dos direitos reais, permitindo ao credor manter esse direito adquirido, face à determinação de Medidas de Saneamento ou ao Processo de Liquidação.

Para tanto, dispõe a Directiva que os efeitos das Medidas de Saneamento ou do Processo de Liquidação sobre as convenções de compensação e de novação entre a Instituição de Crédito e as suas contrapartes se regulam exclusivamente pela lei do Estado-membro aplicável a essas convenções. O mesmo se diga relativamente aos acordos de recompra (*repurchase agreements*), neste caso com ressalva da excepção que é feita quanto aos bens ou direitos sujeitos a registo, caso em que se aplicará a lei do Estado em que o registo é efectuado (*).

22.3. Os administradores ou Liquidatários podem exercer, em todos os Estados-membros, os poderes que lhe são conferidos pela lei do Estado-membro de origem, incluindo o poder de designar representantes. Todavia, já no âmbito da execução, devem aplicar a lei do Estado-membro em cujo território pretendam agir não lhes sendo conferido, em caso algum, o direito ao uso da força ou de dirimir conflitos.

(*) Quando já procedíamos a esta revisão de provas, e como referimos em nota anterior, o Parlamento Europeu, em "segunda leitura", introduziu algumas alterações ao texto da "posição comum" do Conselho. Visa-se aproximar o presente regime ao do Regulamento da Insolvência, embora tal objectivo não seja completamente conseguido, por inexistência de provas secundárias. O resultado dessas alterações foi retirar da massa falida os direitos emergentes de acordos de compensação, de acordos de recompra ou de transacções em mercado regulamentador, anteriormente celebrados, bem como os direitos de propriedade ou outros direitos sobre instrumentos sujeitos a registo e os direitos reais de terceiro ou de reserva de propriedade. Achamos discutível esta alteração embora os efeitos sejam atenuados pela reduzida incidência destes direitos reais sobre a massa patrimonial das instituições de crédito.

IV

ADAPTAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES NACIONAIS

23. Obrigatoriedade de proceder a alterações.

Das disposições finais do diploma legislativo em análise consta a obrigação de os Estados-membros porem em vigor os dispositivos legislativos, regulamentares e administrativos necessários para dar cumprimento à Directiva e de comunicarem à Comissão o texto das principais disposições de direito interno que aprovarem nas matérias relativas a Medidas de Saneamento e Processos de Liquidação.

Esta determinação pressupõe, ao que se vê, a necessidade de os Estados-membros adequarem as suas leis internas.

De outro lado, já o dissemos, por força do art. 10.º n.º 2 do projecto de Directiva, todos os Estados terão de regular aspectos considerados essenciais destas matérias.

Resulta, assim: se o ordenamento jurídico de um Estado-membro contiver todos os dispositivos do art. 10.º n.º 2, não está vinculado a proceder a qualquer alteração; ficará obrigado a proceder a alterações, em conformidade com aquele preceito, no caso contrário.

Não custa crer que os ordenamentos jurídicos contenham já, no essencial, as regras exigidas pela Directiva; duvidamos, no entanto, que os Estados-membros prescindam de adaptar as suas leis internas. Até por questões de autodefesa.

Talvez por isso mesmo tenha o legislador comunitário imposto que as alterações a introduzir deverão conter uma referência à Directiva, embora seja deixado aos Estados-membros a escolha da modalidade da referência. Vai é ficar a saber-se o que é que os Estados modificaram, nos seus ordenamentos jurídicos, para aplicação desta Directiva.

24. Criação de regimes de direito interno exclusivamente aplicáveis às Instituições de Crédito.

Quando anteriormente afirmámos que não custa crer que os Estados disponham já das regras exigidas pelo art. 1.º n.º 2 da Directiva, estávamos, naturalmente, a pensar nas disposições

de carácter geral relativas à insolvência. Ou na regulamentação das providências cautelares preventivas da falência, de carácter geral. Serão, porém, bastantes e adequadas? Cremos que não.

Terão aqueles regimes aplicação imediata face à remissão da presente Directiva? Também cremos que não.

Por um lado, é, agora, bastante diferente a perspectiva de aplicação; de facto, há que ter em conta o necessário confronto e coordenação com outros sistemas jurídicos.

Por outro lado, a regulamentação geral da falência, da insolvência e da liquidação, já o dissemos, nunca foi adoptada pelo legislador, relativamente às Instituições de Crédito.

Justamente porque a Instituição de Crédito é profundamente diferente dos demais agentes económicos, pela natureza da sua actividade, pela complexidade do seu património, pela dispersão do seu capital, pela diversidade dos seus credores.

Por essas mesmas razões, aliás, é que também não lhes é aplicável a Convenção relativa à Insolvência nem o Regulamento relativo à Insolvência.

De tudo isso, retiramos a convicção firme de que todos os Estados-membros terão de criar um novo regime jurídico, exclusivamente aplicável às Instituições de Crédito, na dupla perspectiva das Medidas de Saneamento e dos Processos de Liquidação.

Ao fazer referência ao caso português, na primeira parte deste trabalho, já exemplificámos que existe legislação recente e adequada sobre as Medidas de Saneamento, carecendo, porém, de regulamentação urgente a Insolvência e Liquidação.

A presente Directiva vai, com certeza, ser o ponto de partida, constituindo também parâmetro, dessa regulamentação.

25. Parâmetros das alterações dos direitos nacionais.

As alterações legislativas estaduais não poderão deixar de ter em conta parâmetros já alcançados no âmbito do direito bancário comunitário e que já assinalámos, ao enunciar os princípios e os pressupostos da construção da presente Directiva sobre Medidas de Saneamento e Processos de Liquidação.

Deste modo, não é admissível que os Estados-membros adoptem formas de defesa dos interesses nacionais, passando, por exemplo, a

criar sistemas de registo comercial ou predial ou sistemas de mercados regulamentados, com vista a evitar a aplicação da “*lex concursus*”.

Do mesmo modo, não será lícito aos Estados-membros criarem, agora, regimes de nulidade ou anulação que, abrigando os agentes económicos das eventuais impugnações, passem a ser apelativas, a constituir chamariz de negócios ou mercados com aquela finalidade.

Pelo contrário, as leis dos Estados têm de contribuir para o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das actividades económicas, suprimindo todos os obstáculos à liberdade de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços no interior da Comunidade.

26. Designação das Autoridades Competentes.

As Autoridades competentes para a gestão das Medidas de Saneamento e dos Processos de Liquidação são designadas pelos Estados-membros. E não resulta qualquer imposição, de origem comunitária, quanto àquela designação. Podem, assim, as Autoridades competentes ser administrativas ou judiciais.

Cada Estado-membro terá, assim, que solucionar os problemas de direito interno que eventualmente se suscitem, como sucede, no exemplo que demos, no caso português, quanto à constitucionalidade da Liquidação pelas autoridades administrativas.

Também a decisão da instauração das Medidas ou da abertura do Processo de Liquidação compete às Autoridades nacionais e, conseqüentemente, deve ser regulamentada por cada Estado.

Bem se vê, no entanto, que terá de haver similitude de critérios a adoptar, pelos diferentes Estados-membros, sobre este aspecto essencial.

Também no que concerne ao *segredo profissional* das entidades que superintendem a estes Processos, compete aos Estados-membros a definição do respectivo regime, podendo ser diferente conforme se trate de autoridades administrativas ou de autoridades judiciais. O que não podem os Estados-membros é prescindir daquele dever de segredo profissional. (67)

(67) Art. 30.º da já citada Directiva 2000/12/CE.

27. Duplo dever de transposição da Directiva e de adaptação do direito interno.

Finalmente, é necessário anotar que a presente Directiva impõe aos Estados-membros um duplo dever.

Por um lado, e como é comum a todas as Directivas, os Estados-membros terão de a transpor para os ordenamentos jurídicos nacionais, para neles ser aplicável, em todos os seus elementos.

Por outro lado, impõe aos Estados que revejam as suas normas internas de direito processual ou substantivo, ou criem outras, se necessário, para poderem dar resposta compatível às situações de Saneamento e Liquidação de Instituição de Crédito que venham a suscitar-se. Mas não faculta aos Estados-membros nem orientações, nem objectivos, nem quaisquer outros condicionalismos em que o devam fazer.

Pressupõe-se, no entanto, que estarão sempre presentes os princípios da ordem jurídica comunitária.

V

CONCLUSÕES

28. Sumário de conclusões.

Gostaríamos de poder resumir o presente trabalho, extraindo algumas conclusões.

28.1 A primeira conclusão é que a Directiva agora proposta vem dar satisfação a grandes preocupações das autoridades financeiras de todos os Estados-membros que, até agora, não dispõem de qualquer instrumento de intervenção, em caso de situação económica difícil ou de Insolvência de Instituição de Crédito que exerça actividade no espaço comunitário.

28.2. Os Estados-membros dispõem de legislação interna sobre medidas cautelares, preventivas da falência e sobre falência e liquidação, regimes estes que, embora modernos, são de todo inadequados para aplicação às Instituições Financeiras.

28.3. Há sistemas nacionais que já dispõem de normas específicas sobre Medidas de Saneamento e Liquidação de Instituições de Crédito, como se pretendeu exemplificar, com o caso português.

28.4. Todavia, ainda assim, aqueles regimes mostram-se desadequados ao figurino da Instituição de Crédito Comunitária que disponha de Sucursais noutros Estados-membros, para além do Estado da sede estatutária. Porque tais regimes não são aplicáveis fora do território desse Estado-membro.

É, designadamente, e a título de exemplo, o que ocorre no caso português. Dispondo de legislação moderna quanto às Medidas de Saneamento (criada em 1993), já o mesmo não sucede quanto à Liquidação, cujo regime jurídico remonta a 1940. Num caso e noutro, as disposições legais produzem efeitos apenas em território nacional.

28.5. São perfeitamente distintos os conceitos e os instrumentos de intervenção, em caso de Saneamento ou em caso de Liquidação; no primeiro caso, visa-se a salvaguarda da Instituição; no segundo caso, visa-se a distribuição do seu património por credores e accionistas.

28.6. Compete a cada Estado-membro definir quais as Autoridades competentes para gerir a aplicação das medidas de Saneamento e para superintender aos Processos de Liquidação. Os Estados-membros podem mesmo optar por entidades administrativas ou judiciais. A cada Estado incumbe resolver eventuais conflitos de direito interno que eventualmente se suscitem com essa designação. A título de exemplo, no caso português, suscitam-se delicados problemas de constitucionalidade.

28.7. Foi assinada pelos Estados-membros, em 1995, a Convenção relativa à Insolvência, que está em fase de ratificação, mas que, por disposição expressa, não é aplicável às Instituições de Crédito.

28.8. Também foi já publicado e aguarda a sua entrada em vigor o Regulamento sobre Insolvência, com conteúdo semelhante ao da Convenção e que se pretende vinculativo e directamente aplicável a todas as empresas, no espaço comunitário. Todavia, por

disposição expressa, também este Regulamento não é aplicável às Instituições de Crédito.

28.9. Não obstante, quer a Convenção quer o Regulamento influenciaram decisivamente as normas da presente Directiva aplicável exclusivamente às Instituições de Crédito.

28.10. De entre os objectivos da Directiva, salientam-se o mútuo reconhecimento das Medidas de Saneamento e dos Processos de Liquidação determinados em cada Estado-membro, a protecção dos credores residentes em Estados-membros diferentes do Estado de origem, o estabelecimento de canais de informação adequada e a definição do direito aplicável.

28.11. De entre os grandes princípios orientadores da Directiva destacam-se: o da unidade e do mútuo reconhecimento, o da liberdade de estabelecimento e prestação de serviços, o da universalidade, e o da igualdade de tratamento dos credores.

28.12. São pressupostos da aplicação da Directiva, entre outros: a prestação de serviços por Instituição de Crédito, em território comunitário, a manutenção do princípio do mútuo reconhecimento quanto à constituição e supervisão das Instituições de Crédito, a coordenação entre as Autoridades Competentes, a não aplicação da Convenção e do Regulamento sobre Insolvência.

28.13. As Medidas de Saneamento são definidas por cada Estado-membro que regula também a produção dos respectivos efeitos. Já se mostrou, a título de mero exemplo, como são definidas no caso português. Os Estados-membros têm toda a liberdade de escolha dos critérios de aplicação e dos instrumentos a utilizar. A execução dessas regras cabe, igualmente, ao Estado-membro que as definir. Aos outros Estados-membros compete respeitar quer aquela definição quer aquela execução.

28.14. Os Processos de Liquidação são estatuídos por cada Estado-membro que regula também os efeitos que o mesmo produz. Por força da Directiva, incumbe a cada Estado-membro regulamentar aspectos essenciais daquele processo. Estamos a referir-nos às matérias expressamente previstas no art.10.º

Também neste caso, é ao Estado-membro que compete tomar a decisão de abertura do competente processo, segundo os critérios que haja previamente definido.

28.15. Estão previstos regimes diferentes para a aplicação de Medidas de Saneamento e para a abertura de Processos de Liquidação, consoante se trate de Instituição com sede na Comunidade ou fora da Comunidade.

28.16. A decisão sobre a instauração de Medidas de Saneamento e sobre a abertura de Processos de Liquidação deve ser imediatamente comunicada às Autoridades dos outros Estados-membros pelas Autoridades do Estado-membro de origem.

28.17. A abertura de Processos de Liquidação deve, ainda, ser publicitada no Jornal Oficial da Comunidade Europeia e em jornais nacionais de grande divulgação e implica, sempre, a revogação da autorização do exercício da actividade pela Instituição em causa, incluindo Sucursais.

28.18. É instituída como regra a competência do Estado-membro de origem, que aplicará a sua própria lei, estando previstas algumas excepções.

28.19. Para além da transposição da Directiva, os Estados-membros terão de dotar-se com regimes jurídicos adequados à tomada de Medidas de Saneamento e à instauração de Processos de Liquidação.

28.20. Por força do princípio do mútuo reconhecimento, as Medidas de Saneamento e os Processos de Liquidação, instaurados num Estado-membro, produzem os seus efeitos, em todos os demais Estados-membros, sem necessidade de qualquer outra formalidade.

28.21. A presente Directiva relativa a Medidas de Saneamento e Liquidação de Instituições de Crédito *constitui um importante instrumento de realização do Mercado Único*, conforme consta da acta do Conselho de Ministros (ECOFIN) que a aprovou.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ANDRADE, JOSÉ ROBIN — Reestruturação financeira e gestão controlada como providência de recuperação, in: *Revista da Banca*, n.º 27, Jul.-Set. 1993, pp. 77-92.
- ANTUNES, JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA — Os grupos de sociedades / Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária, Coimbra, 1993.
- ARAÚZO, IGNACIO IGLÉSIAS, VELASCO JAIME ESTEBAN — *Repos Y operaciones simultáneas; estudio de la Normativa, Banco de España, Servicio de Estudios*, 1995.
- ATAÍDE, AUGUSTO — *Curso de Direito Bancário*, Coimbra Editora, 1999.
- CALERO, FERNANDO SÁNCHEZ — *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 77, 2000.
- CANOTILHO, J. J. GOMES / CASTRO, PAULO CANELAS DE — *Constitucionalidade do sistema de Liquidação coactiva administrativa de estabelecimentos bancários, previsto e regulado no Decreto-Lei n.º 30.689, de 27 de Agosto de 1940*, RB 23 (1992), 57-87.
- CERCONE, ROBERTO — *Comentario, Banca Borsa e Titoli di Credito*, LIII, 2000.
- CORDEIRO, A. MENEZES — *Manual de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 1998.
- D. DIAMOND, DYBUG, *Bank Runs, Deposits Insurance and Liquidity*, *Journal of Political Economy*, 1983.
- EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO — *Os efeitos substantivos da Falência*, U.C.P. Porto, 2000.
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO/LABAREDA, JOÃO — *Código dos processos especiais de recuperação de empresa e falência Anotado*, 3.ª ed. 1999. *Quid Juris Editora*, Lisboa.
- FLETCHER, IAN F. — *The law of insolvency (second edition)*. Sweet & Maxwell, London, 1996.
- LASTRA, ROSA MARIA — *Banking Regulation in the 1990's*, *Journal of International Banking Law*, Vol. 14,2, 1999.
- MATIAS, ARMINDO SARAIVA — *Direito bancário*. Lisboa: Coimbra Editora, 1998.
- NUNES, FERNANDO CONCEIÇÃO — *As instituições de crédito: conceito e tipologia legais, classificação, actividades legalmente permitidas e exclusivos*, RB 25 (1993), 71-112; — *Direito bancário, Volume 1 — Introdução e sistema financeiro*, Lisboa, 1994; — *Os deveres do segredo profissional no regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras*, RB 29 (1994), 39-63.
- OLAVO, CARLOS — *Supervisão em base consolidada*, RB 1995, 25-71.

- PATRÍCIO, SIMÕES, Aspectos Jurídicos da Supervisão, *Scientia Juridica*, n.º 277, 1999.
- PEDRO, ANTÓNIO DE JESUS — Instituições de crédito e sociedades financeiras, *Regime geral*, Anotado — Ediforum, Lisboa, 1994.
- PIRES, J.M. — Direito bancário. Lisboa: Rei dos Livros, 1994.
- PIRES, JOSÉ MARIA — Direito bancário, 1.º Vol., O sistema bancário português/Anotações ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, Lisboa, 1994 e 2.º Vol.. As operações bancárias, Lisboa, 1995.
- RODIÈRE, RENÉ — Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé, *Economica*, Paris, 1976.
- SANCHÁ, IGNACIO GÓMEZ — La Ley 41/1999, in RDBB, n.º 77, 2000.
- TAVARES, JOSÉ — Sociedades e Empresas Comerciais, Coimbra Editora, 1924.
- TROCKELS, FRIEDRICH — Le nouveau régime juridique de l'insolvabilité en Allemagne, *Banque et Droit*, n.º 66, 1999.
- VARELA, J. ANTUNES — A recuperação das Empresas Economicamente Viáveis, in *Legislação e Jurisprudência*", Ano 123, 1990.
- VENTURA, RAÚL — A sede no direito interno e direito internacional português. In: XXVI RSI (1977), n.º 146/147, 344-391.
- ZUNZUNEGUI, FERNANDO — Derecho del mercado financiero, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, Madrid, 2000.

OUTRA BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, PEDRO — Falência por cessação de pagamentos. In: *Estudos de Direito Comercial*, Vol. I (Das falências), 181-217. Almedina, Coimbra, 1989.
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA — O âmbito de aplicação dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência: Pressupostos objectivos e subjectivos, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 36.1995, Lisboa, pp. 383-400.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO — Curso de Direito Administrativo, 2.ª Ed. Coimbra, 1994.
- AMOROSINO, SANDRO (ORG) — Le banche/Regole e mercato dopo il testo unico delle leggi creditizie, Milano, 1995.
- ANDRADE, ISABEL BUSTORFF GIÃO DE — As directivas comunitárias sobre prestação de serviços bancários e de investimento, *RB 34* (1994), 91-146.
- ANDRIOLI, Fallimento (Diritto privato), in *Enc. Dir. Milano*, 1967, pp. 264 e ss.
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA — Liability of corporate groups. Kluwer, Deventer-Bosion, 1994.
- ARNAUD, H. — La nationalité des sociétés dans le droit des communautés européennes. *Diss*, Paris, 1975.
- ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA — Estruturas jurídicas da empresa. AAFDL, Lisboa, 1990.
- BATIFFOL, HENRI — Observations sur le problème de la nationalité des sociétés. In: *Studio in Memoria di Angelo Saffra*, 1, 65-78. Cedam, Pádua, 1962.
- BATIFFOL, HENRI/LAGARDE, PAUL — Droit international privé, tome I. 6.ª ed., LGDJ, Paris, 1974.
- BELEZA, MIGUEL — Intervenção no colóquio sobre o impacto da união económica e monetária no sistema financeiro, *RB 24* (1992), 9-17;

- BOIX SERRANO, R — Curso de derecho bancario. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1986.
- BONELLI, FRANCO — La nozione di impresa nelle regole di concorrenza del trattato CEE. In: La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario, 45-87. Milano, 1977.
- BONNEAU, THIERRY — Droit bancaire, Montchrétien, Paris, 1996.
- BONSIGNORI, ANGELO — Diritto fallimentare, UTET, Torino, 1992.
- BRITO, MARIA HELENA — Os contratos bancários e a convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, PB 28 (1993), 75-124.
- BRITTAN, SIR LEON — Rumo ao mercado interno de serviços financeiros: a abordagem da comissão da CEE, RB 11 (1989), 105-117.
- BROZETTI, ANTONELLA/SANTORO, VITTORIO — Le direttive comunitarie in materia bancaria e l'ordinamento italiano, Milano, 1990.
- BROZOLO, LUCA RADICATI DI — Operazioni bancarie internazionall e conflitti di leggi, Milano, 1984.
- BURANI, UMBERTO — Rumo à realização do mercado financeiro europeu; liberalização e transformação, RB 10 (1989), 115-125.
- BUXBAUM, RICHARD/ HOPT, KLAUS — Legal harmonization and the business enterprise — Corporate and Capital Market Law Harmonization Policy in Europe and the USA. Walter de Gruyter, Berlin / New York, 1988.
- C.GAVALDA E J. STOUFFET — Droit bancaire 3.ª ed., Paris, 1997.
- CALHEIROS, JOSÉ MARIA DE ALBUQUERQUE — O sector bancário e a CEE, Lisboa, 1993
- CALVO CUERVO y OTROS — Manual de Sistema financiero español, 8.ª ed. 1995.
- CAMPOBASSO, GIAN FRANCO — Gruppi e gruppi bancari: un analisi comparata, BBTC 48 (1995), 729-748.
- CAMPOS, ANTÓNIO — Sistema bancário e a recuperação de empresas, In: Revista da banca n.º 13, Jan.-Mar. 1990, p.p. 57-75.
- CAMPOS, ANTÓNIO DE — Sistema bancário e a recuperação de empresas RB 13 (1990), 57-75.
- CANOTILHO, J.J. GOMES/MOREIRA, VITAL — Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª ed., Coimbra, 1993.
- CAPRIGLIONE, FRANCESCO — L'impresa bancaria tra controllo e autonomia, Milano, 1983.
- CARDOSO, EURICO LOPES — Manual da acção executiva. 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1992.
- CATROGA, EDUARDO — Intervenção no colóquio sobre a banca no limiar do ano 2000, RB 32 (1994), 63-72.
- CLAROTTI, PAOLO — La coordination des législations bancaires, in: 254 'Revue du Marché Commun' (1982), 68 e segs.
- CLAROTTI, PAOLO — Passo decisivo para o mercado comum dos bancos/Segunda directiva de coordenação em matéria de crédito, PB 12 (1989), 111-143.
- COLAÇO, ISABEL MAGALHÃES — Direito internacional privado, III Lisboa, 1963.
- COOKE, WILLIAM PETER — Centros financeiros internacionais/As autoridades perante a desregulamentação e a supervisão, RB 4 (1987), 27-48.
- CORDEIRO, ANTÓNIO ROBALO — As coligações de empresas e os direitos português e comunitário da concorrência. In: XXIX RDES (1987) 81-113.

- CORDEIRO, ANTÓNIO MENESES — Saneamento financeiro, em novas perspectivas do direito comercial (1988), 57-100.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENESES — Direito bancário/Relatório. Lisboa: Almedina, 1997.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENESES — Manual de Direito Bancário, 2.ª edição, Almedina, 2001.
- CORREIA, ANTÓNIO FERRER — Lições de direito comercial, 3 volumes. Coimbra, 1968-1975.
- CORREIA, LUÍS BRITO — Direito comercial, 3 volumes. Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1987/88, 1989, 1990.
- COSTA, CARLOS S. — As implicações da criação de um espaço financeiro europeu, RB 13 (990), 91-115.
- COURBIS, BERNARD / SOUSI, BLANCHE — L'euro, réalité monétaire dès 1999, DS 1997, 309-311.
- CRANSTON, ROSS — Principles of banking law, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- CRISÓSTOMO, ANA CRISTINA BORGES MALHÃO — Instituições de crédito com sede no estrangeiro, Lisboa, 1997, polic.
- CUNHA, PAULO DE PITTA E — Reflexões sobre a união europeia, RB 21(1992), 111-124;
- CUNHO, VITTOR LUIGI — Le procedure concursali (seconda edizione, Vol. I e II), Giuffrè Editore, Milano, 1988.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ, FRANÇOISE — Droit bancaire, 5.ª ed., Paris, 1995.
- DESCHANEL, JEAN-PIERRE — Droit bancaire / L'institution bancaire, Paris, 1995.
- ELLINGER — Modern banking law, Londres, 1987.
- FERRO-LUZZI, PAOLO/CASTALDI, GIOVANNI — La nuova legge bancaria, 3 volumes, Milano, 1996.
- FIDLER, P.J.M./MA (Oxon) — Prattice and law of banking, 1982.
- FRADA, MANUEL CARNEIRO DA — Contrato e deveres de protecção, Coimbra, 1994.
- FURTADO, J. PINTO — Perspectivas e tendências do moderno direito da falência, In: Revista da Banca n.º 11 — Jul.-Set., 1989, p.p. 63-89.
- GALGANO, FRANCESCO — Diritto commerciale, II (Le Società). Zanichelli, Bologna, 1990.
- GEORGE, DOMINIQUE — O negócio bancário transfronteiriço e a segunda directiva bancária: a dúvida jurídica resultante da exigência de notificação, RB 30 (1994), 93-104.
- GIANFELICI, ENRICO — Il segreto bancario/Norme civili, penali e fiscali, Milano, 1996.
- GOLDMAN, BERTHOLD — La nationalité des sociétés dans la CEE. In: Travaux du comité français de droit international privé (1966-69), 215-243. Dalloz, Paris, 1970.
- GRUA, FRANÇOIS — Contrats bancaires, tomo 1, Paris, 1990.
- GUODE, R.M. — Principles of corporate insolvency law, Sweet & Maxwell, London, 1990.
- GUTTERIDGE, M.C./MEGRAH, MAURICE — The law of banker's commercial credits, 7.ª ed., London, 1984.
- HAMBLIN, CLIVE — Banking law, London, 1985.
- IRUJO, JOSE EMBID, LOS grupos de sociedades en la comunidad económica europea. In: — ENTERRIA, G/ CAMPOS, G./ MACHADO, M., Tratado de Derecho Comunitario Europeo III, 73-110. Civitas, Madrid, 1986.

- JACQUEMIN, ALEX Le groupe de sociétés: Décentralisation dans la Concentration. In: 'Les Groupes de Sociétés', 27-59. Séminaire de Liège de 1972. Martinus Nijhoff, Haye.
- JOSEPH J. NORTON, S.J.D. — Bank regulation and supervision in the 1990's, Londres, 1991.
- KEUTGEN, GUY — Le droit des groupes de sociétés dans la CEE. Vander, Louvain, 1973.
- LAMFALUSSY, ALEXANDRE — A união económica e monetária, RB 12 (1989), 9-18.
- LUÍS, ALBERTO — Direito bancário, temas críticos e legislação conexa (estudos), Coimbra, 1985.
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA — Lições de direito internacional privado, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1982.
- MALAQUIAS, PEDRO FERREIRA — A livre prestação de serviços do domínio da actividade bancária, RB 18 (1991), 151-166.
- MARTIN REPORTILLO — Estudios de Derecho Público Bancario, ob col. Madrid, 1987, pag. 175 e ss.
- MINISTÉRIO DAS FINANÇAS/CONSELHO PARA O SISTEMA FINANCEIRO — Livro Branco sobre o sistema financeiro: 1992/As instituições de crédito — Volume 1 — Relatório Principal e volume II — Resumo e conclusões, Lisboa, 1991.
- MOLLE GIACOMO — La banca nell'ordinamento giuridico italiano, Milano, 1994.
- MOLLE, G. — Manuale di diritto bancario. Milan: Giuffrè, 1975.
- MORSE, SIR JEREMY — Consequências da liberalização dos movimentos de capitais na comunidade europeia para os bancos e as seguradoras. Levará esta liberalização a um mercado livre de prestação de serviços financeiros?, RB 16 (1990), 215-219.
- NABAIS, JOÃO — A criação de um fundo de garantia de depósitos, RB 9(1989), 51-66.
- NIGRO, ALESSANDRO — La disciplina delle crisi bancarie: La liquidazione coatta amministrativa, Giur Comm 1996, 144-156.
- NUNES, F.C. — Direito bancário: introdução e sistema financeiro. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa — Associação Académica, 1994.
- PASCUAL, JULIÁN GONZÁLEZ — Suspensión de pagos y quiebras. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1996.
- PATRÍCIO, SIMÕES — Direito comunitário e a aplicação no sistema bancário português em BMJ (Documentação e Direito comparado) n.º 7, 1981;
- PERASSI, MARINO — Le autorità ed i poteri di vigilanza nel testo unico, BBTC 48 (1995) 1, 660-684.
- PIRES, JOSÉ MARIA TOMÉ — Direito bancário, 3 Vols. 1994/95.
- PORTALE, G.B. — Le operazioni bancarie. Milan: Giuffrè, 1978.
- PORTALE, GIUSEPPE B. — Le operazioni bancarie, 2 volumes, Milano, 1978.
- RATON, JOSÉ MANUEL — Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales. Editorial Civitas, Madrid, 1992.
- REEDAY, T.G. — The Law Relating to Banking, 4.ª ed., London, 1988.
- RIVES, LANGE, JEAN-LOUIS/CONTAMINE-RAYNAUD, MONIQUE — Droit bancaire, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 1995.
- ROCCA, GIOACCHINO — Impresa e società nel gruppo bancario, Milano, 1995.
- ROJO, LUÍS ANGEL — Intervenção no Colóquio sobre o impacto da União Económica e Monetária no sistema financeiro, RB 24 (1992), 19-33

- SANTOS, ANTÓNIO MARQUES — Algumas reflexões sobre a nacionalidade das sociedades em direito internacional privado e em direito internacional Público. Separata do BFDUC, Coimbra, 1985.
- SANTOS, JORGE — A proposta de segunda directiva de coordenação bancária, RB 5 (1988), 115-141.
- SAVATIER, RENÉ — Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. 3.^a edição, Paris, 1964.
- SILVA, ANÍBAL CAVACO — Portugal e a moeda única, Lisboa, 1997.
- SIMÕES, PATRÍCIO — Curso de direito económico, 2.^a ed. Lisboa, 81-82.
- SOUSI-ROUBI, BLANCHE — Droit bancaire européen, Paris, 1995.
- STANLEY CROSSICK & MARGIE LINDSAY — European banking law: an analysis of community and member state legislation. London: Financial Times Business Information, 1983.
- VASSEUR, M. — Droit et économie bancaires: les operations de banque. Paris. Cours de droit, 1988.
- VASSEUR, MICHEL — Droit et économie bancaires/Institutions bancaires, Fasc. A, 4.^a ed., Paris, 1985.
- VEIGA, VASCO SOARES — Falência e Insolvência, in: Direito das Empresas, INA. Lisboa, 1990.
- VEIGA, VASCO SOARES DA — Direito bancário, Coimbra, 1996.
- VIGNERON, PHILIPPE/SMITH, AUBRY — O conceito de reciprocidade na legislação comunitária: o exemplo da segunda directiva bancária, RB 24 (1993), 125-151.
- XAVIER, VASCO LOBO — Falência. In: Enciclopédia Pólis, Vol. 1.11, 1364-1368. Verbo, Lisboa, 1984.