

**O MODELO DE SUPERVISÃO
FINANCEIRA - CRÍTICA AO
MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO**

João Pedro Santos Silva



2021



João Pedro Santos Silva. O MODELO DE SUPERVISÃO FINANCEIRA – CRÍTICA AO MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO

O Modelo de Supervisão Financeira – Crítica ao Mecanismo Único de Supervisão

João Pedro Santos Silva



M.FDUP 2021



*Um especial agradecimento aos meus **Pais**, aos meus **Avós**, aos meus **Irmãos**, por todo o apoio e incentivo, e ao Senhor Prof. Doutor **Diogo Feio**, pela disponibilidade e conselho.*

Sem eles este trabalho não teria sido possível e, por isso, lhes é dedicado.

Porto, setembro de 2021.

Lista de siglas e abreviaturas

ANC – Autoridades Nacionais Competentes (*do inglês “NCA – National Competent Authorities”*);

BCE – Banco Central Europeu;

CRD IV – Pacote normativo europeu composto pela Diretiva 2013/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições e empresas de investimento e Regulamento (EU) n.º 575/2013 do Parlamento e do Conselho de 26 de junho de 2013, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento e que altera o Regulamento (EU) n.º 648/2012;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

FSAP – *Financial Services Action Plan*;

JST – *Joint Supervisory Teams*, correspondente, em português, a “Equipas Conjuntas de Supervisão”;

MUS – Mecanismo Único de Supervisão (do inglês “*SSM – Single Supervisory Mechanism*”);

RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras;

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia;

TJUE – Tribunal Judicial da União Europeia;

TUE – Tratado da União Europeia.

RESUMO:

O sistema financeiro é um dos pilares do funcionamento eficiente das economias e do desenvolvimento económico da União Europeia. Vivemos tempos de conturbados jogos de interesses, à laia dos quais se determinam e jogam os interesses sociais que nos mantêm numa União Europeia que se mantêm forte, mesmo após o despertar de vários movimentos recentes de abandono da estrutura político-económico-social que integramos.

Assim, torna-se imprescindível analisar criticamente o sistema arquitetado para conformar e harmonizar os procedimentos de supervisão que têm como principal objetivo a prevenção de crises económicas que afetem o tecido económico-político-social da União Europeia.

Pretende-se analisar as principais questões e aspetos do funcionamento do MUS, em especial, a repartição de competências entre o BCE e as ANC e a interligação funcional entre aquele e estas entidades e perceber se existem condições de melhorar a eficácia da hercúlea tarefa da supervisão das instituições de crédito da União Europeia e dos Estados aderentes ao MUS.

ABSTRACT:

The financial system is one of the key foundations of the efficient interconnection of economies and economic development in the European Union. We are living in times of turbulent games of interests, in which the social interests that keep us as an European Union that remains strong are determined and played out, even after the awakening of several recent movements to withdraw the political, economic and social structure of which we are part.

Thus, it becomes essential to critically analyse the system designed to conform and harmonise the supervisory procedures that have as their main objective the prevention of economic crisis affecting the economic, political and social structure of the European Union.

The main objective is to analyse the main issues and aspects of the working system design for the SSM, especially the division of competences between the ECB and the NCA and the functional interconnection between the ECB and the NCA, and to understand whether there are conditions to improve the effectiveness of the herculean task of supervising credit institutions in the EU and in the countries that have signed up to the SSM.

Índice

Introdução	7
1. A Supervisão Bancária no MUS	9
1.1. A Supervisão Macroprudencial	10
1.2. A Supervisão Microprudencial	13
1.2.1. A supervisão micprudencial no contexto do MUS – breve referência à questão do Corporate Governance das instituições supervisionadas	14
2. O quadro normativo do MUS – Uma análise crítica	17
2.1. Os modelos de aplicação das normas por parte do BCE	21
2.2. A repartição de competências legalmente atribuídas entre o BCE e as ANC	23
3. Uma análise crítica ao MUS	28
Conclusão	37
Referências bibliográficas e fontes	40

Introdução

O sistema financeiro é um dos pilares do funcionamento eficiente das economias e do desenvolvimento económico da União Europeia. Vivemos tempos de conturbados jogos de interesses, à laia dos quais se determinam e jogam os interesses sociais que nos mantêm numa União Europeia que se mantêm forte, mesmo após o despertar de vários movimentos recentes de abandono da estrutura político-económico-social que integramos.

Desde 2008 que a União Europeia tem centrado as suas preocupações numa estabilidade financeira que se tem vindo a suportar inúmeros ataques, sobretudo por parte das instituições de crédito, as quais deveriam acatar e respeitar os valores e interesses públicos associados à sua complexa e opaca atividade, não se sujeitando apenas ao risco que determinará os grandes prémios anuais a distribuir pelos órgãos sociais de gestão de topo.

Surgem, assim, os pilares fundamentais do MUS, em que se visava definir e uniformizar políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito, enquanto instituições definidoras do tecido económico do Espaço Europeu e do Mercado Único que se pretendia, desde o início deste projeto integrador, implementar.

Mantêm-se, todavia, até aos dias de hoje, em que uma nova e potencial crise económica se avizinha, a necessidade de ponderar a importância deste mecanismo: será suficiente? Quais as condições em que se processa? O seu propósito tem sido cumprido? De que forma pode o mesmo ser melhorado?

Para responder a estas questões temos que voltar atrás no tempo, nos idos 2007 e 2008, quando a Europa foi assolada por uma crise financeira que despoletou nos Estados Unidos da América com a crise do *sub-prime*. A crise financeira foi de sobremaneira importante, sobretudo levando em linha de conta que colocou em evidência os problemas e fragilidades, uma vez que se alastrou sistemicamente aos Estados-Membros da União Europeia, que nos colocaram de sobreaviso relativamente ao sistema financeiro: a regulação escasseava e os mecanismos legais e sociais de controlo não detinham o poder necessário para exercer uma aperfeiçoada supervisão.

Atentando-se no preâmbulo e respetivos considerandos do Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do conselho de 15 de outubro de 2013, que confere ao BCE atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito, podemos verificar a preocupação em assegurar uma estabilidade das instituições de crédito, já que a mesma se repercute nos próprios Estados-Membros: a estabilidade económica passa pela estabilidade das instituições de crédito de cada Estado, que aí se encontram estabelecidas. A

incerteza que rodeia a sustentabilidade da dívida pública, as perspetivas de crescimento económico e a viabilidade das respetivas instituições de crédito geram tendências de mercado que podem, em muitos casos, ter impacto negativos no desenvolvimento dos próprios Estados. Ora, isto cria riscos para a viabilidade de certas instituições e do próprio sistema financeiro na Zona Euro e na União Europeia, em geral, podendo aumentar significativamente a pressão sobre as finanças públicas dos Estados-Membro.¹

É neste contexto que, passada a crise, em 2011, a União Europeia toma medidas regulatórias que repercutem hoje os seus efeitos na estabilidade financeira que vivemos. Com a iniciativa da criação da União Bancária e, em 2014, o MUS, definindo os especiais contornos da supervisão prudencial, criando uma estrutura de competência bicéfala, dotando o BCE de competências máximas regulatórias, coadjuvado a nível nacional por órgãos regulatórios e de supervisão – no nosso caso, o Banco de Portugal.

Aqui nasce a estrutura que se preparava para controlar e prever as crises financeiras, mantendo o risco de contágio sistémico nulo, enjaulando as possíveis ondas de suspense económico pós-crise. Do mesmo modo, aperfeiçoou o quadro normativo regulamentar a nível europeu, que sofreu a conseqüente transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais. Levando tudo isto em consideração, é deste ponto de partida que, centrando-nos numa análise crítica do MUS, procuramos perceber e analisar criticamente os seus pontos fortes e as suas fragilidades e a respetiva eficácia da arquitetura construída para a delegação das respetivas competências. Importa apurar se a eficácia de tal mecanismo se subsume na gestão bicéfala, encabeçada pelo BCE ou se, por outro lado, poderão existir arestas por limar, tendo, exclusivamente, por base o quadro normativo desenhado, em específico, para tal estrutura.

Sempre tendo em vista o objetivo da concretização de uma estrutura integradora e harmonizadora relativamente aos procedimentos de supervisão das instituições de crédito, tenta-se aqui analisar as conclusões que podemos retirar da repartição de competências entre o BCE e as ANC à luz do atual quadro normativo e questionar o MUS, tal como foi concebido, poderá, de alguma forma, ser estruturalmente redesenhado, sobretudo ao nível de um esforço de coordenação e harmonização face a todas as instituições e quais os termos em que tais possíveis alterações possam ser implementadas, de modo a tornar cada vez mais eficaz o exercício da supervisão.

¹ Vide considerando (6) do Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do conselho, disponível online em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1024&from=EN>

1. A supervisão bancária no MUS

A crise de económica de 2007/2008 e as crises bancárias e soberanas que assolaram o tecido económico-empresarial da União Europeia nos últimos anos, despoletaram uma série de reavaliações dos modelos e práticas de supervisão financeira a nível internacional. A salvaguarda da estabilidade e o comprovado risco de contágio iminente da rede financeira motivaram o desenvolvimento de estruturas que permitissem determinar uma mais eficaz tomada de posição prévia quanto a atitudes de risco tomadas pelas entidades económicas, sobrepondo os interesses de supervisão prudencial – entenda-se, estruturas e medidas capazes de prevenir novas situações de risco -, aos interesses de supervisão comportamental das instituições de crédito.

É necessário ter em conta que o MUS, um sistema de partilha de competências entre o BCE e as entidades de supervisão portuguesas, abordadas *supra*, assim como o dever constitucional do Estado Português – o que resulta, na ótica do Banco de Portugal, a que aqui se recorre, da leitura conjunta das alíneas a), f) e j) do artigo 81.º e do artigo 101.º da CRP, recorrendo aos conceitos de defesa e garantia do bem estar social e económico (alínea a)), assegurar o funcionamento eficiente dos mercados (alínea f)) e à criação de instrumentos jurídicos que promovam o bem estar económico e social (cfr. artigo 81.º) e recorrendo a um princípio da legalidade do sistema financeiro, garantindo constitucionalmente a sua estrutura legal nos termos do art.º 101.º - surgem para garantir a estabilidade financeira. Neste quadro surgem instrumentos e estruturas legais que compõe o quadro de competências vertidas no Banco de Portugal e no BCE, neste último nos termos do art.º 124.º do TFUE, para garantir tal estabilidade, tais como, no caso nacional, o RGICSF, que regula o processo de autorização e de registo, a avaliação da idoneidade de participações qualificadas, a avaliação da idoneidade e qualificação profissional dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, as regras de conduta e relações com os clientes, a cooperação com outras autoridades, as regras e limites prudenciais, incluindo quanto a reservas de fundos próprios, os procedimentos de supervisão, a intervenção corretiva, a administração provisória e resolução, a garantia de depósitos e o regime sancionatório.

As competências neles vertidas e agora identificadas consubstanciam a monitorização e o cumprimento de regras designadas por microprudenciais.

1.1. A Supervisão Macroprudencial

Para alcançar resultados coerentes na prática da supervisão, foi necessário que se implementassem metodologias e normas de supervisão. No contexto da supervisão bancária do BCE, estas práticas não são mais do que mecanismos de identificação e avaliação do risco, que assumem a avaliação dos principais riscos e vulnerabilidades e assentam no acompanhamento de análises regulares dos riscos atuais e emergentes, análises profundas dos riscos potenciais identificados e em testes de esforço regulares ou *ad hoc* e análises de impacto das iniciativas regulamentares em curso ou a serem aplicadas.

Em jeito de introito, a política macroprudencial, no presente contexto, é vertida, essencialmente no princípio de que o domínio de atuação do BCE está, legalmente, delimitado minuciosamente, o que simplificada e se determina pela atuação das ANC, enquanto entidades obrigadas a apenas notificar o BCE antes da aplicação concreta de medidas previstas na legislação europeia, designadamente aquelas transpostas no Título VIII-A do RGICSF (designadamente nos artigos 138.º e seguintes daquela legislação) e versam, essencialmente, sobre a determinação (ou, melhor, a possibilidade de determinação), pela entidade macroprudencial nacional de cada Estado-Membro, de medidas relativas a reservas das instituições supervisionadas. Por seu turno, o BCE, após a notificação das ANC, apresenta, querendo, objeções, de carácter não vinculativo, às medidas propostas, podendo, ainda, sempre na medida do necessário e com base no princípio da proporcionalidade, aplicar requisitos mais elevados relativamente às reservas de fundos próprios a deter por cada uma daquelas instituições ou, por outro lado, poderá determinar a aplicação de medidas mais gravosas, com vista a combater quaisquer riscos sistémicos existentes.

A supervisão macroprudencial assenta em fatores que são tidos em conta na determinação das prioridades de supervisão e planeamento operacional, com base nos elementos evidenciados pela supervisão microprudencial. É preciso ter em consideração que estes fatores macroprudenciais são tidos em conta na supervisão das instituições mais significativas, tirando partido da informação providenciada microprudencialmente, que sinaliza riscos emergentes com origem em instituições de importância sistémica numa fase mais preliminar da avaliação. As competências de supervisão macroprudencial são afetadas, nos termos do disposto no artigo 5.º do Regulamento, ao BCE, tendo sido conferidas pelo Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, às ANC – no nosso caso, o Banco de Portugal -, a quem compete analisar regularmente o sistema financeiro para identificar possíveis vulnerabilidades

e riscos atuais e futuros, para identificar, acompanhar e avaliar riscos sistémicos². A análise e a avaliação dos riscos para a estabilidade financeira são divulgadas a cada seis meses pelo Banco de Portugal, inseridas no âmbito do Relatório de Estabilidade Financeira.

Com base na análise de riscos e vulnerabilidades, como acima se disse, o Banco de Portugal pondera a implementação de medidas de política que minimizem a probabilidade daqueles riscos se materializarem ou que aumentem a capacidade das instituições para lhes fazer face.

Para implementar medidas de política macroprudencial, o Banco de Portugal desenvolve e aplica instrumentos macroprudenciais e emite determinações, alertas e recomendações dirigidos às autoridades e entidades públicas ou privadas, num contexto de cooperação com aquelas, participando, ainda, no sistema europeu de prevenção e mitigação de riscos para a estabilidade financeira e em outras instâncias que prossigam a mesma finalidade. Pode, contudo, ser necessária a intervenção direta do BCE no âmbito da supervisão macroprudencial, podendo mesmo substituir-se às ANC, nos termos e para os efeitos do n.º 2 daquele artigo 5.º do Regulamento acima identificado.

Neste âmbito estamos perante um exemplo do funcionamento bicéfalo do MUS, por proporcionar uma conjugação de competências entre o BCE e as ANC.

Note-se que, o BCE não deixa de exercer a fiscalização à atividade das ANC, mas num período intermédio e a final, com intervenção direta, se necessário, tal como previsto no Regulamento. Isto leva-nos à seguinte questão: não contribuirá a comunicação entre as autoridades e o BCE, mesmo tendo estas entidades procedimentalmente instituído curtos prazos de resposta, para uma delonga na tomada de decisões e aplicações de medidas preventivas ou restritivas? Tenha-se, meramente a título de exemplo a perspetiva da poupança de tempo e procedimento caso o BCE detivesse, permanentemente, um responsável delegado a cooperar diretamente com as ANC, integrando os órgãos de decisão destas entidades – neste âmbito de estabilidade financeira -, a todo o tempo, que pudessem tomar decisões no âmbito dos artigos supracitados, *in loco*, respeitando todas as medidas, decisões e critérios impostos pelo BCE. A tomada de decisão, a final, por este órgão, na fiscalização da decisão poderia ser mais rápida e de uma intervenção transversal e não meramente acessória. Seria, ainda, possível manter o respeito pelo princípio da subsidiariedade – a decisão não compete a qualquer outro órgão senão àquele que a lei indica como competente - e, ao mesmo tempo, salvaguardar a cooperação entre entidades,

² ALBUQUERQUE, Carlos Torroaes, Os bancos portugueses e o mecanismo único de supervisão (SSM), Origens, antecedentes, regulamentação, atividades fundamentais e o Banco de Portugal no seio do Mecanismo Único de Supervisão do Banco Central Europeu, 2018, pág. 41;

respeitante ao espírito do Regulamento do MUS, pois, bem vistas as coisas, continuaria a ser uma realização descentralizada das competências, conforme se verificará mais à frente, na nossa análise³.

Afinal, recorde-se – e acompanhando o entendimento de NOBRE, Francisco A. G. (2018)⁴, compreende-se que, no contexto MUS, que seja atribuída uma maior autonomia na atuação das ANC de cada Estado-Membro, para que estas, dentro do seu território de atuação, possam fazer face a potenciais riscos sistémicos, mas isso só será possível se se dotarem estas autoridades das competentes ferramentas. Caminha-se, portanto, nesse sentido.

Verifica-se, contudo, que a atuação do BCE não é totalmente estanque, mas encontra-se bastante limitada no âmbito da supervisão macroprudencial, pois estará limitado à aplicação de requisitos mais exigentes ou medidas mais gravosas, mas não pode verdadeiramente impedir que as ANC apliquem as medidas previstas. Contudo, como se disse, a atuação do órgão máximo do MUS não é totalmente desprovida de essência prática neste âmbito, podendo o BCE fixar, por exemplo, um requisito de reserva prudencial de fundos próprios caso a ANC não o tenha suscitado.

³ Vide Ponto 2.2 do presente texto;

⁴ NOBRE, Francisco A. G., Artigos de Estabilidade Financeira, Fronteiras e Limites da Supervisão Prudencial do BCE no âmbito do SSM, Banco de Portugal, 2018, disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/artigo_6_pt.pdf, pág. 15;

1.2. A Supervisão Microprudencial

A monitorização, pelos órgãos que compõe o MUS, do cumprimento das normas que visam promover a solidez financeira de uma instituição a longo prazo, traduz a essência do sistema de supervisão microprudencial, que, por natureza e finalidade, não se confunde com os mecanismos de supervisão macroprudencial: atente-se, aquela primeira monitorização visa, como já se disse anteriormente, o cumprimento pelas instituições de crédito e instituições financeiras, de normas que mantenham e assegurem a solidez das instituições e, *ultima ratio*, do próprio tecido económico, evitando o risco sistémico de contágio, por oposição a esta última, que incide sobre o sistema financeiro como um todo, não atendendo especialmente às instituições e agentes económicos em particular.⁵

Como se traduz esta definição teórica para a prática? No desempenho das suas funções de órgão supervisor, o Banco de Portugal, enquanto ANC competente e coadjuvante do BCE, assegura que as instituições são geridas de forma sã e prudente, a longo prazo, com uma atitude responsável e, sobretudo, deve garantir que as mesmas, de forma contínua e substancial, cumpram todos os requisitos prudenciais legalmente previstos, salvaguardando a sua própria solvabilidade e solidez financeira e a segurança dos fundos que lhes sejam confiados⁶.

Enquanto supervisor microprudencial, o Banco de Portugal verifica se as instituições cumprem as suas obrigações, intervindo para que eventuais falhas sejam corrigidas, sem nunca permitir que as instituições se esquivem das suas responsabilidades, nomeadamente a de dispor de um modelo de governo societário e de um sistema de controlo interno robustos e eficientes.

Como nem o Banco de Portugal nem o BCE se podem substituir à gestão das instituições por si supervisionadas, devem tomar medidas nesse sentido, as quais vimos já mencionando ao longo desta nossa análise.

A supervisão microprudencial é, nos termos do número 1 do artigo 4.º do Regulamento do MUS, levada a cabo pelo BCE, desenvolvendo todas as suas atribuições através daqueles poderes. O exercício de tais prerrogativas está subjacente ao papel que desempenha enquanto órgão de supervisão microprudencial – pelo menos, responsável último -, respondendo pelo coerente e eficaz funcionamento do sistema em análise.

Por outro lado, as ANC possuem competências mais limitadas, limitando-se a exercer um papel codajuvante ao BCE, de acordo, com o número 3 do artigo 6.º, daquele Regulamento.

⁵ Cfr. BANCO DE PORTUGAL – Livro Branco Sobre a Regulação e supervisão do setor financeiro, Gabinete do Governador, Lisboa, 2016, ISBN (online) 978-989-678-431-7, pág. 87, nota 2.

⁶ Cfr. NOBRE, Francisco A. G., *obj. cit.*, pág. 13, Ponto 1 e notas 17 a 24;

1.2.1. A supervisão microprudencial no contexto do MUS – breve referência à questão do *Corporate Governance* das instituições supervisionadas

É facto assente que, ao contrário do verificado anteriormente, e devido sobretudo ao facto de a economia avançar a passos largos, a figura jurídica das instituições de crédito e as estruturas societárias que dela são parte integrante apresentam uma grande complexidade tanto na sua governação, como na organização da respetiva atividade. Consequentemente, esta complexidade gera um elevado número de problemas que, para serem ultrapassados fazem depender, muitas vezes, a sobrevivência e a perdurabilidade da organização que lhe está subjacente⁷.

A comprovada inadequação dos modelos de governação de grande parte das instituições de crédito mais afetadas pela crise económica de 2007-2008, mostrou que os modelos de negócio e práticas de gestão imprudentes, em muito contribuíram para o desenrolar deste acontecimento económico e social. Como não repetir os mesmos erros?

Uma das lições que se pode retirar da crise vivida é que tanto são necessários modelos de governação robustos, como culturas e padrões de idoneidade e competência dos altos cargos de gestão dos órgãos sociais das instituições de crédito.

O que torna o governo societário tão importante num contexto de supervisão?

É necessário estabelecer que as sociedades bancárias e demais instituições financeiras são rodeadas de interesses públicos de ordem geral, acarretando, *per si*, certas regras obrigatórias na garantia desses interesses; repise-se, para melhor se compreender esta importância, há alguns fatores e interesses públicos que, ao mesmo tempo, servem de critério base para a criação do MUS e de avaliação pelas entidades de supervisão dessa estrutura. Em primeiro lugar, os bancos e as demais sociedades financeiras têm à sua guarda as poupanças dos seus depositantes e investidores, as quais não podem nem devem ficar à mercê de utilizações que as coloquem em risco; em segundo lugar, a já supra citada complexidade das operações jurídicas e económicas subjacentes à atividade bancária, rodeadas de estruturas complexas e muitas vezes opacas, que dão origem a mecanismos de estrutura juridicamente muito complexa e dúbia; e, por último e com grande destaque, existe o fator de contágio sistémico – o eventual colapso de uma

⁷ MUELBERT, Peter O., Direito dos Valores Mobiliários – Volume X – Corporate Governance of Banks, 2011, Instituto dos Valores Mobiliários, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, ISBN 978-972-32-1894-7;

instituição bancária arrasta consigo um efeito sistémico, pois os grandes credores e investidores das instituições de crédito e sociedades financeiras são, muitas vezes, outros bancos e entidades financeiras, o que gera uma rede de efeito dominó, desestabilizando o tecido económico-jurídico que as sustenta.

O método para evitar que estes três fatores se conjuguem é, efetivamente, um modelo sólido de governo societário, guiado por um conjunto de órgãos de administração e fiscalização idóneo e com uma cultura societária de respeito pela lei e demais normativos supranacionais – diretivas, regulamentos da União Europeia e também as instruções e recomendações das instituições de supervisão.

A sociedade bancária é um produto dos acionistas e dos *stakeholders* e, como qualquer sociedade em geral, são os administradores que as gerem e que, por sua vez, emanam da decisão dos acionistas e são, em primeira linha, estas duas entidades os responsáveis pela condução, direta e indireta da sociedade, definindo o rumo estratégico, o modo de tratar as grandes operações da atividade do setor⁸. Ora, partindo deste pressuposto do controlo direto e indireto da sociedade, cumpre ainda determinar, acompanhando a posição de CASSIANO (2011)⁹, “(...) a sociedade caracteriza-se pela autonomia e esta implica que o interesse da sociedade seja visto como aquele que é definido direta ou indiretamente pelos sócios, seja no contrato de sociedade, seja ulteriormente, pelo espaço deixado em aberto por este, através dos órgãos próprios da sociedade – não há, pois, um interesse social “objectivo e externamente determinável, que se imporia à sociedade e ao seu órgão competente na matéria”¹⁰. Contudo, não descurando a posição assumida pelo autor de que a sociedade bancária é, tal como todas as sociedades com uma estrutura societária independente, autónoma, não se crê que, por via desses interesses públicos já citados e que convergem no interesse da própria sociedade, que não haja interesse social e objetivo externamente determinável a impor à mesma. Veja-se, desde logo, o facto de as instituições de crédito jogarem com o dinheiro dos seus depositantes e com o funcionamento global do sistema económico! – os interesses externos têm um peso relevante, de sobremaneira. É o facto de ter que existir um equilíbrio (uma quase dever-ser, na verdade)

⁸ SANTOS, Filipe Cassiano – Estudos do Instituto dos Valores Mobiliários – *Corporate Governance* e Regime das Instituições de Crédito: Novas tendências em matéria de governo das sociedades bancárias e de supervisão, Lisboa, 2011, disponível em https://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1360862156governo_das_sociedades_baANCANCrias_formatado.pdf

⁹ SANTOS, Filipe Cassiano – *obj. cit.*, Lisboa, 2011

¹⁰ SANTOS, Filipe Cassiano, “Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação so sócio nas sociedades capitalísticas”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006 – pags. 380-381.

entre estes interesses gerais de origem externa à sociedade, pública, e os interesses internos e próprios dos acionistas, que impõe um controlo do governo societário, conjugando dois vetores que à partida, e com provas dadas, não fáceis de conectar.

Todos estes interesses se projetam no seu governo, na tomada de decisões de foro societário, assim como nas regras relativas às relações entre acionistas e administradores e à atuação destes últimos. Numa perspetiva financeira e considerando a atividade final das instituições de crédito e dos bancos, será de todo irrealista pensar que a efetiva prossecução desses interesses externos será e merecerá a adequada tutela por parte dos próprios acionistas e administradores, unicamente por si. A sua tutela obriga, necessariamente, a uma tutela externa. Seguindo de perto CASSIANO, (2011)¹¹, as regras que sejam impostas ao governo societário têm um limite, já que estas regras ainda que possam ser justificadas por interesses exteriores à sociedade, estes limites não têm nas práticas de governo societário a via adequada de realização: não se pode pensar que interesses como o da limitação e controlo da exposição ao risco podem ser eficazmente realizadas por via de mecanismos de governo societário definidos pelos próprios acionistas – e são estes os conflitos de interesse que o Mecanismo Único de Supervisão pretende travar! Mecanismos internos não serão suficientes.

Tudo isto põe em evidência o rigor e exigência que os normativos de governo societário transpõe na condução de uma estrutura económica e financeira como as instituições de crédito; neste âmbito, é por demais justificável que os bancos centrais dos países da União Europeia se aventurem além das meras recomendações que os códigos de boas práticas (exemplo disso, o *Single Rule Book* e, no caso português o Código de Conduta da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e do Instituto Português de *Corporate Governance*), tendo criado normativos que regulam especificamente a questão do governo das sociedades de crédito, nomeadamente a Diretiva 2013/36 da EU e do Conselho, de 26 de Junho, que inclui uma subsecção específica sobre normas de governo, entre nós transposta pelo RGICSF, em 2014.

¹¹ SANTOS, Filipe Cassiano – *obj. cit.*, Lisboa, 2011

2. O quadro normativo do MUS – Uma análise crítica

Enceta-se um novo ponto nesta nossa análise, dando o merecido enfoque no quadro normativo aplicável ao MUS, o qual não é totalmente claro e conciso, uma vez que permite, ainda, zonas opacas na delimitação das fronteiras entre as atribuições e respetivos poderes do BCE, como se verá, podendo existir alguns conflitos – ainda que bastante circunscritos – entre as competências atribuídas a este e às ANC.

O quadro normativo que se encarga da regulação do MUS é definido por dois grandes diplomas legais, a saber, o Regulamento do MUS (doravante, o “Regulamento MUS”) – Regulamento do Conselho (UE) n.º 1024/2013, de 15 de outubro de 2013, que confere ao BCE determinadas atribuições no domínio da supervisão prudencial das instituições de crédito – e o Regulamento-Quadro do MUS (doravante, o “Regulamento Quadro do MUS”) – o Regulamento (EU) n.º 468/2014, do Baco Central Europeu, de 16 de abril de 2014, que visa estabelecer o quadro de cooperação, no âmbito do MUS, entre o BCE e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas¹².

O Regulamento MUS é uma importantíssima peça no tecido normativo que regula este novo mecanismo, uma vez que se tratou de uma inovadora construção legislativa na área da supervisão financeira. Este diploma vem conferir ao BCE poderes de supervisão e regulação sobre as instituições financeiras, isto é, especificamente, é o mote de criação e regulação do MUS, integrado no âmago do BCE, mas não se deixando confundir com este órgão.¹³

Decorre do próprio Regulamento MUS, do seu artigo 6.º, que a sua composição é integrada pelo BCE e pelas autoridades nacionais competentes, que serão os bancos centrais nacionais de cada Estado-Membro. A divisão de funções é muito clara no diploma legal: nos termos do número 1 daquele artigo 6.º, ao BCE compete o exercício das suas competências legalmente atribuídas no âmbito de um mecanismo único de supervisão, composto por este e pelas autoridades nacionais competentes, remetendo para aquele a responsabilidade pelo funcionamento eficaz e coerente do mecanismo.

Nesse mesmo artigo, no seu número 4, encontramos outros dois aspetos caracterizadores do MUS, o primeiro relativo às atribuições de cada um dos órgãos que o compõe, e um segundo relativo às instituições que cabem dentro da análise levada a cabo por este mecanismo.

¹² ALBUQUERQUE, Carlos Torroaes, *obj. cit.*, 2018, ponto 2.2, págs. 55 e ss;

¹³ CHIU, Iris H-Y e ANDENAS, Mads, *The Foundations and Future of Financial Regulation, Governance for Responsibility*, págs. 17 e ss e pag. 119 e ss.

Em primeiro lugar, a primeira parte do número 4 daquele artigo refere que para as atribuições que o Regulamento do MUS atribui ao BCE – elencadas no artigo 4.º do mesmo diploma -, com exceção das previstas nas alíneas a) e c) daquele artigo 4.º, dispõe dos poderes elencados no número 5 deste artigo 6.º.

Conseguimos aqui ter uma plano global das atribuições e respetivos poderes do BCE no âmbito do MUS: o BCE tem as atribuições de avaliar a criação de sucursais de uma instituição de crédito sediada num Estado-Membro noutra Estado-Membro não participante e exercer as funções que incumbem às autoridades nacionais de um Estado-Membro, com base na legislação aplicável na União Europeia, assegurar o cumprimento dos atos que digam respeito a requisitos prudenciais em matéria de fundos próprios, titularização, limites à exposição a riscos, liquidez, alavancagem financeira, disposições em matérias de governo daquelas sociedades (incluindo requisitos de adequação e idoneidade dos seus quadros de gestão), processos de gestão de riscos, mecanismos de controlo interno, políticas e praticas de remuneração, efetuar – juntamente com o órgão supervisor nacional – a avaliação e revisão dos testes de esforço realizados a estas instituições de crédito, para uma avaliação final que versa sobre a segurança relativa à boa gestão e cobertura dos riscos por estas assumidos, podendo, ainda, impor requisitos específicos de liquidez e quaisquer outras medidas que, com base no princípio da proporcionalidade, e à luz da legislação aplicável da União Europeia, possam ser adotadas pelas autoridades competentes.

O BCE está ainda incumbido de exercer uma supervisão em base consolidada das empresas que detêm as instituições de crédito sediadas num Estado-Membro. Ora, estas mesmas atribuições enquadram-se totalmente no objeto e âmbito de aplicação do Regulamento do MUS, delimitado no seu artigo 1.º: *“O presente regulamento confere ao BCE atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito, (...)”*, com vista a alcançar a segurança e solidez das instituições de crédito e garantir a estabilidade do sistema financeiro na União europeia e em cada Estado-Membro, tendo sempre por princípio a unidade e a integridade do mercado interno.

Delimitadas atribuições do BCE, como é que pode este órgão levar a cabo a sua missão? A resposta está plasmada no número 5 do artigo 6.º. Para que o BCE possa alcançar a eficácia das atribuições que lhe são conferidas, pode este órgão emitir regulamentos, orientações ou instruções gerais, dirigidos às ANC – e não diretamente às instituições supervisionadas -, para que estas possam levar a cabo as suas atribuições, que em momento próprio serão abordadas. Contudo, os poderes dos BCE não se limitam a emanar instruções dirigidas às ANC para que

estas atuem dentro das suas atribuições, podendo, para tal, o BCE, por iniciativa própria e após consulta às ANC ou a pedido de uma delas, decidir exercer diretamente todos os poderes relevantes em relação a uma ou mais instituições de crédito. Os poderes do BCE permitem, ainda, que este supervisione o funcionamento do MUS e que exerça poderes de investigação, nos termos dos artigos 10.º a 13.º, solicitando informações às instituições de crédito, proceder a investigações, requerendo a apresentação de documentos, proceder ao exame de livros e registos das referidas entidades sujeitas à supervisão, obter explicações orais ou por escrito e proceder a inquirições. Por fim, o BCE pode proceder diretamente a inspeções no local, sendo aqui conferido algum poder discricionário, sempre precedidas de comunicação à competente ANC.

Resulta do exposto, e acordo com o Capítulo III do Regulamento do MUS, relativo aos poderes do BCE, que o mesmo dispõe, para prossecução das atribuições que lhe são conferidas no âmbito deste regulamento, de todos os poderes atribuídos às ANC de acordo com a legislação harmonizada.

Muito importante, e merecendo um especial destaque é o facto de que, na medida do necessário, pode o BCE, através de instruções, exigir que as ANC exerçam os seus poderes, nos termos e condições estabelecidos no direito nacional, sempre que o Regulamento MUS não confira esses poderes específicos ao BCE.

A atuação do BCE fica completa com os poderes de supervisão por ele exercidos, analisados em espaço próprio.

Por outro lado, entende-se que o BCE não atua sozinho no campo da execução do MUS, sendo coadjuvado com as ANC de cada Estado-Membro. Note-se que coadjuvado é um termo algo limitado para descrever o papel das ANC, já que as mesmas desempenham importantíssimas atribuições no âmbito do mecanismo em análise, centrando-se nelas grande parte do importante trabalho desenvolvido por esta estrutura bicéfala.

Assim, e acompanhando, ainda, o Relatório do MUS, o artigo 6.º incide sobre a cooperação entre o BCE e as ANC, estando ambos sujeitos ao dever legal de cooperação leal, bem como à obrigação de troca de informações. É de saudar a redação dada a este número 2 daquele artigo, pois reveste esta cooperação de uma especial densidade, interligando os Estados-Membros e o órgão decisório central da União Europeia nesta matéria. Assim, está subjacente que a cooperação indica que as ANC coadjuvam o BCE na prossecução das suas atribuições e poderes legalmente atribuídos, especificamente na preparação e aplicação de quaisquer atos relacionados com tais atribuições daquele órgão. Para tal, nos termos da segunda parte do

parágrafo primeiro do artigo 6.º, número 4, as ANC exercem e são responsáveis pelas atribuições de supervisão, respeitando o enquadramento legal definido pelo BCE, exercem as atribuições que a legislação da União Europeia lhes comete, verificam o cumprimento das instituições de crédito face às medidas impostas pelo BCE em matéria de requisitos prudenciais (fundos próprios, titularização, limites a exposição a riscos, liquidez e alavancagem financeira), em matéria de gestão de governo das sociedades e respetivos membros dos quadros de gestão, realizam de testes de esforço para avaliação de risco. No fundo, o que aqui se repercute não é mais do que uma concretização da coadjuvação das funções atribuídas ao BCE. Podem ainda, de acordo com os poderes que lhes são atribuídos em matéria de legislação nacional, obter informações das instituições de crédito e efetuar inspeções ao local, sempre em coordenação com o BCE.

Fica patente que para que os objetivos do MUS sejam cabalmente alcançados, não podem os órgãos aqui identificados exercer as respetivas atribuições e poderes sem qualquer tipo de organização, para além da definida no Regulamento do MUS. É necessário que certos princípios subjacentes a esta cooperação sejam respeitados. Assim, o exercício de cooperação é orientado pelo princípio da independência, pelo princípio da obrigação de prestação de contas e apresentação de relatórios, o respeito pelas garantias processuais na adoção de quaisquer decisões de supervisão e, em especial no caso do BCE, um princípio de separação relativamente à função de política monetária, exercendo os poderes no âmbito das atribuições que lhe são conferidas de forma independente das suas atribuições no âmbito da política monetária ou de quaisquer outras atribuições, nem podendo ou devendo aquelas ser determinadas por estas últimas.

Para além do acima exposto, é necessário ter em conta que o quadro normativo aplicável – e a repartição de atribuições entre o BCE e as ANC – é também regido por princípios de direito europeu¹⁴, designadamente, pelo princípio da atribuição de competências, da subsidiariedade e da proporcionalidade.

O princípio da atribuição de competências, previsto no número 1 do artigo 4.º e nos números 1 e 2 do artigo 5.º, ambos do TFUE, determina que as competências que, nos termos dos tratados, não tenham sido atribuídas à União Europeia pelos Estados Membros, permanecem competência da esfera nacional. Ora, fica por demais evidente a completa extensão, alcance e

¹⁴ NOBRE, Francisco A. G., 2018, *obj. cit.* em especial Capítulo III, pág. 18 e ss.

delimitação de competências pertencentes ao BCE e da ANC enquanto verdadeiras autoridades europeias.

Por outro lado, o princípio da subsidiariedade, que pode ser entendido como decorrente do princípio da atribuição de competências, - consagrado no número 3 do artigo 5.º do TFUE – que implica que nas matérias em que a União Europeia não disponha de competência exclusiva, por ser exercida conjuntamente com os Estados-Membros, a sua intervenção deve ser restringida à estreita medida do necessário para alcançar os objetivos pretendidos, através de uma atuação supranacional, se os mesmos não possam ser alcançados através de uma atuação descentralizada pelas entidades da esfera nacional de um Estado-Membro.

Só assim se entende que a cooperação do binómio BCE/ANC, relativo a cada Estado-Membro, possa ser verdadeiramente eficaz ao nível do respeito pelos princípios da União Europeia e ao nível nacional, verificando-se que os objetivos propostos podem ser alcançados pelos Estados-Membros, *per si*, se a atuação destes for imposta pela União Europeia ou pela sua legislação.

Num exercício breve de balanço dos resultados da aplicação deste princípio, entendemos que a construção legal subjacente ao funcionamento do MUS cumpre estritamente este princípio, sempre pautado pela cooperação que se pretende entre as esferas nacionais e europeia, separando e aglutinando as atribuições e respetivos poderes quando os mesmos são atribuídos, em exclusivo, a alguma daquelas esferas, e complementando-se na mesma medida.

Finalmente, o princípio da proporcionalidade, previsto no número 4 do artigo 5.º do TUE, impõe que os atos da União Europeia, relativamente ao seu conteúdo e forma, não podem exceder a estrita medida do necessário. Este princípio é legalmente previsto, como acima se referiu, sendo, ainda, indiretamente referenciado, por exemplo no âmbito do número 3 do artigo 18.º do Regulamento do MUS, em que se prevê que o BCE possa aplicar sanções administrativas pecuniárias se as instituições de crédito visadas, no âmbito das medidas aplicadas por força das suas atribuições, infringirem dolosa ou negligentemente os deveres previstos nos atos aplicáveis nos termos da lei europeia. Esta sanção deverá, nos termos daquele número 3, ser aplicada de forma efetiva e proporcionada.

Podemos observar, analiticamente, que as grandes preocupações de configuração do MUS gravitam em torno da extensão e alcance do confronto entre as competências do BCE e as competências reservadas, no domínio da supervisão prudencial, às ANC.

2.1 Os modelos de aplicação das normas por parte do BCE

O considerando (34) do Regulamento do MUS refere que *“Para exercer as suas atribuições e os seus poderes de supervisão, o BCE deverá aplicar as regras substantivas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito. Essas regras são constituídas pela legislação aplicável da União, em particular pelos regulamentos diretamente aplicáveis ou pelas diretivas, como sejam os atos relativos aos requisitos de fundos próprios para instituições de crédito e aos conglomerados financeiros. Caso as regras substantivas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito constem de diretivas, o BCE deverá aplicar a legislação nacional que transpõe essas diretivas. Caso o direito aplicável da União seja constituído por regulamentos e nos domínios em que, na data de entrada em vigor do presente regulamento, esses regulamentos concedam expressamente opções aos Estados-Membros, o BCE deverá aplicar também a legislação nacional relativa ao exercício dessas opções. Essas opções deverão ser interpretadas como excluindo as opções disponíveis apenas para as autoridades competentes ou designadas. Tal não prejudica o princípio do primado do direito da União. Em consequência, as orientações, recomendações ou decisões do BCE e a sua ação deverão respeitar o direito aplicável da União.”*, o que nos leva ao entendimento de que a materialização deste considerando se encontra plasmada nos termos do disposto no artigo 4.º, número 3 daquele mesmo Regulamento, conjugado com o disposto no artigo 9.º, número 1. Ora é evidente que este tópico é de sobremaneira importante na estrutura do MUS, pois conseguimos observar três formas de exercício dos poderes por parte do BCE.

Em primeiro lugar, o BCE exerce os seus poderes por mandato legítimo, pelas atribuições e poderes que lhe são atribuídos pelo próprio Regulamento do MUS.

Em segundo lugar, verifica-se que, por outro lado, o BCE exerce as suas prerrogativas através de instruções às ANC, para que estas, na disponibilidade da suas competências conferidas pelas leis nacionais e europeias, utilizem os poderes que lhes são conferidos, o que constitui um novo paradigma do modelo de exercício do poder no seio da União Europeia, uma vez que, por exemplo, as autoridades europeias do setor dos mercados financeiros têm poderes de instrução sobre as autoridades nacionais com as quais se relacionam, sendo estes poderes limitados a determinadas circunstâncias muito específicas e condicionadas, diferentemente dos poderes atribuídos ao BCE, muito mais abrangentes no domínio da supervisão das instituições de crédito.

Por fim, o BCE exerce, ainda, os seus poderes através da aplicação direta das leis nacionais que tenham sido harmonizadas.

Temos, assim, diversos modelos de interação entre o BCE e as ANC, passando por uma interação de apenas um nível, em que o BCE emite instruções, uma interação de dois níveis, o primeiro entre o BCE e as ANC e o segundo entre as ANC e as instituições de crédito. Ora, é necessário ter em conta que estes dois níveis de atuação são enformados por diferentes legislações com diferentes enquadramentos, isto é: o primeiro nível (BCE com ANC) é orientado por legislação europeia e naquele segundo nível, é orientado por legislação nacional e é um procedimento essencialmente administrativo, devendo obedecer às competentes normas substantivas e processuais.

Já por outro lado, no terceiro modelo apresentado (BCE a aplicar diretamente leis nacionais que resultem de transposição para aqueles ordenamentos), identificam-se algumas questões, designadamente o problema da transposição, ou não, das normas europeias. Ou seja, tais normas não deverão ser aplicadas se abordarem matéria constante de uma diretiva europeia que não tenha sido transposta, mas apenas aquelas que resultem efetivamente de transposição, caso contrário estaríamos perante uma desconsideração do direito europeu.

2.2 A repartição de competências legalmente atribuídas entre o BCE e as ANC

Para que nos seja possível compreender a repartição de competências entre o BCE e as ANC é necessário, em primeiro plano, perceber que a mesma fica indiretamente dependente do carácter distintivo atribuído às instituições de crédito incluídas no universo do MUS, entre instituições “significativas” e “menos significativas”, como se abordam em espaço próprio nesta nossa análise¹⁵.

A relevância desta distinção está assente no facto de constituir o critério de delimitação subjetiva dos poderes do BCE e das ANC e a respetiva abrangência dos mesmos. Assim, é possível perceber que o exercício direto dos poderes e atribuições de supervisão por parte do BCE depende do carácter significativo das instituições supervisionadas¹⁶, cabendo àquele órgão a supervisão direta daquelas instituições. A mesma conclusão podemos retirar do disposto na alínea b) do número 5 do artigo 6.º do Regulamento do MUS, que determina uma distinção entre o exercício direto e indireto dos poderes de supervisão. Atente-se no teor do referido artigo:

¹⁵ *Vide*, ponto 3. “Uma análise crítica ao MUS”;

¹⁶ ALBUQUERQUE, Carlos Torroaes, *obj. cit.*, página 60, nota 34;

“Quando necessário para garantir a aplicação coerente de elevados padrões de supervisão, o BCE pode, a qualquer momento, por iniciativa própria e após consulta às autoridades nacionais competentes ou a pedido de uma autoridade nacional competente, decidir exercer diretamente todos os poderes relevantes em relação a uma ou mais das instituições de crédito a que se refere o n.º 4, incluindo no caso em que tenha sido solicitada ou recebida indiretamente assistência financeira do FEEP ou do MEE.”

Atendendo à expressão “decidir exercer diretamente”, é-nos possível inferir que as ANC desempenham esse papel de supervisão direta até que o BCE decida chamar a si tais prerrogativas para exercer diretamente tais poderes relativamente a uma instituição menos significativa, o que deixa subjacente que, em primeira linha, a supervisão das instituições significativas compete ao BCE e a supervisão das instituições menos significativas compete às ANC. Contudo, e tal como acima se demonstrou, tal repartição não significa que o BCE não tenha poderes de supervisão microprudencial sobre tais instituições consideradas menos significativas. Tal subsume-se da leitura conjunta dos artigos 4.º e 6.º do Regulamento do MUS, que nos possibilita aferir a exata dimensão e relação dos poderes de cada uma daquelas entidades, não podendo ser tal repartição entendida como absolutamente linear.

Ora, a propósito deste tema suscita-se uma questão interessante, recorrendo a uma análise muito breve a um litígio que opôs o Landeskreditbank Baden-Württemberg – Forderbank¹⁷ ao BCE no qual, incidentalmente, foi levantada a questão da repartição de competências entre o BCE e as ANC.

Ora, o âmbito do litígio que deu origem a esta questão incidental tinha que ver com o facto de que o banco acima identificado interpôs, perante o Tribunal Geral do TJUE, um pedido de anulação de uma decisão do BCE que o qualificou como entidade significativa, nos termos do número 4 do artigo 6.º do Regulamento do MUS, ficando, assim, sujeito à supervisão prudencial exclusiva do BCE. A justificação de tal qualificação prendia-se com o disposto no último parágrafo do referido artigo 6.º, invocando o BCE as tais “circunstâncias específicas” ali previstas. A instituição de crédito recorrente contestou a decisão do BCE de classificá-lo como instituição significativa, alegando que quando se verificarem circunstâncias particulares, como a apresentação de um perfil de risco reduzido ou a prática de uma atividade restrita, bastará que a supervisão a tal entidade seja levada a cabo pela autoridade nacional, bastando o controlo

¹⁷ Acórdão disponível em InfoCuria – Jurisprudência, através do endereço <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190725&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6920743> ;

desta para assegurar os objetivos pretendidos pelo Regulamento do MUS. Isto alicerçado no facto de que a qualificação de uma entidade como significativa deve ser entendida à luz do princípio da proporcionalidade, levando o requerente a concluir que a supervisão enquanto instituição menos significativa seria mais proporcional do que uma classificação como significativa, alegando, para tal, um critério de dimensão.

Com base na questão aqui levantada, e tendo já referido, no início do presente capítulo, que a repartição subjetiva das competências e atribuições entre BCE e ANC é feita com base na qualificação das instituições de crédito como sendo significativas ou menos significativas, será que podemos considerar esta divisão como dando origem a uma verdadeira repartição de competência ou, por outro lado, estamos perante um verdadeiro exercício descentralizado de competências entre ambas as autoridades?

Tendo sido levantada como questão incidental naquele processo que opôs aquela instituição de crédito ao BCE, o recorrente afirmou, de modo generalizado, que a transferência de competências entre a ANC para o BCE, no essencial respeito pelo princípio da subsidiariedade, apenas abrange as entidades significativas, mantendo-se a supervisão direta pelas ANC às instituições menos significativas, tendo sido tal argumento invocado como justificação para a permanência na esfera da ANC do exercício da supervisão prudencial direta sobre aquela instituição de crédito. Invoca, ainda, que não existe uma transferência de competências das ANC para a esfera do BCE¹⁸, relativamente às instituições menos significativas, no que respeita às atribuições referidas no artigo 4.º do Regulamento do MUS, alegando que uma leitura conjugada dos artigos 4.º, número 1 e 6.º, número 4 do Regulamento do MUS, serve de base ao entendimento de que a transferência de competências para o BCE foi efetuada apenas no que toca às instituições consideradas significativas, mantendo-se a competência da supervisão prudencial das instituições menos significativas reservada às ANC.

Por seu turno, o BCE contestou a decisão, acompanhado pela Comissão Europeia, invocando, para tal o argumento de que quanto às atribuições previstas no número 1 do artigo 4.º, o BCE tem exclusiva competência sobre todas as instituições que caem dentro do âmbito de aplicação do MUS, que se tratem de instituições classificadas como significativas ou menos significativas, uma vez que apenas terá sido conferido às ANC a execução de determinadas atribuições, designadamente as previstas nas alíneas b) e d) a i) do número 1, do artigo 4.º do

¹⁸ Parágrafo 53 do ponto b) “*Quanto à interpretação do artigo 70.º, n.º 1, do Regulamento-Quadro do MUS em conformidade com as regras superiores de direito, incluindo os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade*” do citado Acórdão do Tribunal Geral do TJUE;

Regulamento. No mais, invocou, ainda, que os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade invocados pela instituição de crédito recorrente foram já tidos em conta pelo próprio legislador no momento da redação do diploma legal, pautando a atuação da supervisão por uma verdadeira descentralização de algumas atribuições atribuídas às ANC relativamente às instituições menos significativas, ao abrigo daquele número 1 do artigo 4.º do referido Regulamento.

O Tribunal Geral do TJUE concluiu que não existe uma verdadeira repartição de competências, sendo que, por outro lado, o que existe é um exercício descentralizado das competências do BCE. Justificou esta posição afirmando que decorre da conjugação do número 1 do artigo 4.º com o número 4 do artigo 6.º do Regulamento do MUS, que as competências exclusivas do BCE podem ser exercidas num quadro descentralizado, defendendo a não existência de uma verdadeira repartição de competências. Aquele Tribunal indicou, ainda, que o mesmo decorre dos considerandos (15) e (28) daquele Regulamento, os quais indicam que a repartição de competências entre o BCE e as ANC decorre da própria delimitação das matérias identificadas pelo artigo 4.º, número 1, e não já e apenas da própria distinção entre instituições significativas e menos significativas.

Na nossa análise, já identificámos em espaço próprio que o papel das ANC é o de coadjuvantes do BCE na preparação e aplicação de atos relativos ao exercício das suas atribuições de supervisão. Ora, analisando o considerando (37) daquele Regulamento esta posição parece-nos demasiado literal. Se aquele Tribunal recorre à defesa dos princípios na defesa da tese da execução descentralizada da supervisão, nas instituições menos significativas, então há que considerar não só o princípio da proporcionalidade e o da subsidiariedade, mas também o princípio da atribuição de competências. Ora este princípio prevê, como já se disse, que as competências, nos termos dos tratados, que não tenham sido atribuídas à União Europeia permanecem competência da esfera de cada Estado-Membro. O que significa que, por inerência, as competências de supervisão das instituições menos significativas, pertencem às ANC, o que resulta de uma leitura conjugada dos números 6 e 4, primeiro parágrafo, do artigo 6.º do Regulamento MUS: as autoridades nacionais competentes exercem e são responsáveis pelas atribuições de supervisão a que se refere o artigo 4.º, n.º 1, alíneas b), d) a g) e i) que digam respeito às instituições a que se refere o n.º 4, primeiro parágrafo deste artigo, isto é “(...) *aquelas que sejam menos significativas em base consolidada (...)*”. Também não rejeitamos o entendimento, visto que é claro, do que resultado citado artigo 6.º, que ao BCE também competem poderes e atribuições relativos àquelas instituições. Apenas sublinhamos

que se rejeita o argumento de que o que não está em causa é uma delegação de competências, pois, a assim ser, nem seria esse um dos princípios de direito europeu que sustém a atividade do MUS.

E por não se negar tal posição assumida por aquele Tribunal é que também concedemos que está patente no espírito do próprio diploma legal e, pela nossa parte, sublinhamos o carácter importante da realização de forma descentralizada das competências do BCE, através das ANC de cada Estado-Membro, pois só assim é possível alcançar o espírito de coadjuvação entre entidades.

Não obstante defendermos a posição acima referida, entendemos que estas autoridades nacionais competentes deveriam ser dotadas de mais autonomia, numa verdadeira repartição de competências entre o BCE, enquanto autoridade central, e as ANC, como coadjuvantes. Já defendemos essa mesma teoria no âmbito do ponto de análise que se segue (ponto 3.), pois entendemos que, em sede prática, uma verdadeira repartição de competências poderia ser mais vantajosa, numa espécie de modelo misto de repartição em que todas as instituições de crédito – significativas ou menos significativas - fossem conjuntamente supervisionadas pelas ANC, coadjuvadas, no acompanhamento e monitorização, pelo BCE, com a possibilidade de este último poder, como atualmente previsto, chamar a si as competências diretas de supervisão, se entender que os princípios de supervisão das ANC não se mostram adequados às necessidades específicas de cada uma das instituições. Só assim se conseguirá alcançar o pretendido objetivo da harmonização de procedimentos de supervisão: diga-se harmonização de procedimentos porque já se verificou que nem todas as instituições seguem o mesmo procedimento, como vimos pela delimitação subjetiva de competências face à distinção entre instituições “significativas” e “menos significativas”.

Portanto atualmente, o papel das ANC, na supervisão prudencial das instituições menos significativas, é encarado como uma mera modalidade de assistência ao papel desempenhado pelo BCE na prossecução da supervisão direta, não sendo, por isso, considerada como um exercício de competências autónomas nestas matérias.

Conclui-se, portanto, e na senda do referido Acórdão que atualmente não estamos perante uma verdadeira repartição de competências, mas que, tendo em atenção o princípio da subsidiariedade, a lei delega no BCE uma competência exclusiva quanto às atribuições previstas no número 1 do artigo 4.º do Regulamento do MUS, e que o artigo 6.º desempenha, assim, uma função de permitir a execução descentralizada, pelas ANC, sempre sob o controlo direito do

BCE, das atribuições previstas nas alíneas b) e d) a i) do número 1 do artigo 4.º do Regulamento, no que às instituições menos significativas diz respeito.

3. Uma análise crítica ao MUS

A União Europeia só vingará enquanto projeto integrador quando, no plano mais alargado de todos os seus princípios e fundamentos, independentemente da intensidade e/ou velocidade de aglutinação, conseguir unificar os diversos vetores que a compõe, a saber, o vetor das pessoas, o vetor dos bens e serviços, que se reveste de uma enorme importância na vertente económica, e o vetor dos capitais e dos sistemas financeiros. Este último vetor, enquanto pedra basilar da sustentabilidade das pessoas e dos bens e serviços, reveste-se de especial importância e carece de especial regulação e procedimentalização, para que, a longo prazo, aqueles três vetores se possam unificar numa globalidade livre que define, materialmente, o projeto da União Europeia¹⁹.

Com a finalidade de criar e estabelecer um mercado comum europeu, em que se pudesse incorporar a livre circulação de pessoas e bens, capitais e serviços, a União Europeia foi fazendo face à necessidade de se adaptar, em cada momento, às circunstâncias que se fazem sentir para que, sobretudo de um ponto de vista económico-financeiro, este projeto não se fragmentasse. Ainda assim, haveria que unificar princípios e projetos comuns entre os Estados Membros, já que cada um deles aplicava as suas regras e procedimentos internos há muito sedimentados, baseados e adaptados à realidade própria de cada um deles.

Por este motivo, tornou-se necessário que a evolução e os procedimentos subjacentes a tal feito fossem definidos apenas a uma única velocidade, sobretudo no que ao vetor económico-financeiro diz respeito.

Começou-se por definir os princípios que estiveram na origem do MUS no programa do FSAP (“*Financial Services Action Plan*” ou, em português, “Aplicação de um enquadramento para os serviços financeiros: Plano de Ação”), que se baseava em cinco grandes princípios basilares²⁰:

- I. Dotar a União Europeia de um quadro legislativo adequado para responder aos desafios que surgiam em matéria de Regulamentação;
- II. Suprimir todos e quaisquer entraves à integração dos mercados financeiros, reduzindo custos de capital nos mercados europeus;

¹⁹ MACARTNEY, Huw, HOWARTH, David, *the politics of supranational banking supervision in Europe*, 2018;

²⁰ ALBUQUERQUE, Carlos Torroaes, *obj. cit.*, 2018, págs. 23 e ss.;

- III. Permitir que os utilizadores e prestadores de serviços beneficiassem do potencial criado pela existência de um mercado único;
- IV. Incentivar a coordenação estreita entre as autoridades de supervisão; e
- V. Instituir uma estrutura integrada europeia com a finalidade de apoiar o desenvolvimento das operações financeiras globais.²¹

Foi nestes cinco princípios que se baseou a estrutura do hoje designado por MUS, que teve a sua génese no FSAP. Só assim foi possível construir, ou avançar na construção, uma estrutura que conseguisse implementar a filosofia integradora da União Europeia, que visava integrar todos o sistema num mercado único europeu, com vista a aumentar a sua eficiência, harmonizar o quadro legislativo, com regras prudenciais e de supervisão, à proteção dos consumidores e à criação de mercados seguros e que pudesse, a final, possibilitar uma coordenação estreita entre as autoridades de supervisão nacionais.

Assim, em meados de 2014, a União Europeia avançou para a operacionalização da construção de uma União Bancária, avaliando a qualidade dos ativos dos 130 maiores bancos da Zona Euro, entrando em cena a estrutura do MUS, em novembro daquele ano, assumindo o BCE a responsabilidade da supervisão das instituições de crédito europeias.

Não obstante não ser dotado de personalidade jurídica, tratando-se, outrossim, de um verdadeiro mecanismo, o MUS é concebido como um sistema único e integrado de supervisão prudencial, do qual fazem parte o BCE – este sim, dotado de personalidade jurídica – e as ANC, verdadeiras autoridades competentes no domínio da supervisão microprudencial, cabendo ao BCE o papel de manter este sistema a funcionar eficazmente, exercendo a supervisão do funcionamento do mesmo.²²

Tornava-se, então, necessário uniformizar a centralização a nível europeu que permitisse, a todo o tempo, um sistema integrado de supervisão. Criou-se, assim, o MUS, enquanto autoridade de supervisão supranacional, sob a égide do BCE e que abrange todas as instituições de crédito do espaço euro, com diversas formas de articulação com as autoridades nacionais.

Centramo-nos, assim, na apreciação da sua estrutura e arquitetura institucional, limitar-nos-emos a afirmar, acompanhando CARLOS T. ALBUQUERQUE (2018)²³, que desde o momento do seu início de atividade, tendo em conta a rapidez com que foi implementado, o MUS tem-se revelado eficaz face aos anteriores modelos de fiscalização, com uma intervenção mais dura e

²¹ ALBUQUERQUE, Carlos Torroaes, *obj. cit.*, 2018, página 21;

²² NOBRE, Francisco A., *Fronteiras e Limites da Supervisão Prudencial do BCE no âmbito do SSM – Artigos de Estabilidade Financeira*, 2018 – nota de rodapé 2, página 7;

²³ ALBUQUERQUE, Carlos Torroaes, *obj. cit.*, 2018, pag. 49 e ss;

interventiva. Mas será esta estrutura integrada suficiente? Tendo assistido nos últimos anos a crises do setor bancário, que, no nosso caso português, tem levado à resolução de algumas antigas instituições de crédito tidas como significativas, levanta-se a questão da eficácia plena deste mecanismo. Questiona-se, ainda, se a articulação bicéfala da estrutura não se reveste de procedimentos excessivos, face à necessidade de articulação entre as autoridades de supervisão nacionais e o próprio BCE, não obstante ser este último o órgão central do MUS.

Ora, o MUS ocupa-se quase maioritariamente da esfera prudencial da supervisão que é o cerne da sua atividade e, dentro desta, ocupa-se em especial da supervisão microprudencial, pois, de facto, as competências que lhe são legalmente fixadas no domínio da política macroprudencial são um pouco mais limitadas.

Passando, em concreto à análise da estrutura, o MUS representa a interligação entre o BCE e as ANC para efeitos de supervisão das instituições de crédito na área euro, sendo responsável pela supervisão prudencial (macro e micro) de todas aquelas instituições que se encontram sediadas em cada um dos Estados Membros.

Cada uma destas instituições foi categorizada segundo duas ordens de importância, designadamente, **(i)** as instituições significativas – avaliadas com base nos (a) ativos superior a trinta mil milhões de euros, (b) com importância para o conjunto económico da EU ou de qualquer Estado Membro, designadamente um total de ativos superior a cinco mil milhões de euros e a 20% do Produto Interno Bruto de um Estado Membro, (c) valor total dos ativos transfronteiriços superior a cinco mil milhões de euros e com rácio de ativos/passivos transfronteiriços em relação ao total dos seus ativos/passivos superior àquele montante e a 20% do PIB de um Estado Membro, (d) ter solicitado ou recebido assistência financeira do Mecanismo de Europeu de Estabilidade ou do Fundo de Estabilidade Financeira e (e) ser uma das três instituições de crédito significativas num Estado Membro, e **(ii)** as instituições menos significativas, organizadas tendo essencialmente por base a alocação de responsabilidades entre o BCE e as ANC. Significa isto que as entidades consideradas significativas seriam diretamente supervisionadas pelo BCE conjuntamente com as ANC e as instituições menos significativas seriam diretamente supervisionadas pelas ANC, com o acompanhamento e monitorização do BCE.

Comece-se por sugerir que consideramos que, em termos de eficácia prática, seria mais proveitoso que todas as instituições, quer entrassem em qualquer ordem de grandeza e de qualificação, fossem supervisionadas pelas ANC, coadjuvadas, no acompanhamento e monitorização, pelo BCE, com a possibilidade de este último poder, como atualmente previsto,

chamar a si as competências diretas de supervisão – quer se tratem de instituições significativas ou menos significativas – se se entender que os princípios de supervisão das ANC não se mostram adequados às necessidades específicas de cada uma das instituições, em cada caso concreto. Isto porque, desde 2014, com a existente divisão de competências legalmente fixada, o BCE é responsável pela supervisão direta equivalente a cerca de 82% dos ativos existentes no setor bancário da zona Euro, respeitantes às entidades significativas, e cerca de 3.500 instituições menos significativas.²⁴ Eventualmente, se a repartição fosse como aqui sugerimos, todas as instituições – significativas e menos significativas - seriam diretamente supervisionadas pelas ANC e, indiretamente, pelo BCE, deixando este de estar adstrito a critérios de supervisão direta, podendo exercer muito mais eficazmente o processo de tomada de decisão final, uma vez que se limitariam os processos intermediários de decisão entre as ANC e o BCE. Permaneceriam em funções todas as suas direções gerais, responsáveis pela supervisão e monitorização, decidindo com base nas informações diretamente transmitidas pelas ANC de cada Estado Membro, continuando, contudo, a decisão final a ser tomada pelo órgão máximo de deliberação do BCE, o Conselho de Governadores, mediante deliberação do Conselho de Supervisão do BCE. Sugere-se, ainda, a participação direta de um ou mais membros do BCE, designadamente, de uma ou mais Direções Gerais deste, nos processos das ANC de cada Estado Membro, integrando permanentemente os seus quadros, em complemento da sugestão que aqui deixamos.

Atualmente, este modelo encontra bastante aproximação na existência das JST – Equipas Conjuntas de Supervisão (*Joint Supervisory Teams*), que estão responsáveis pela execução das políticas e decisões definidas pelo Conselho de Supervisão do BCE e, num plano mais geral, pelo acompanhamento permanente das instituições de crédito, integrando elementos das ANC e do BCE, competindo-lhes estabelecer a comunicação com a instituições supervisionada, preparar os reportes necessários para que o Conselho de Supervisão do BCE tenham, permanentemente, conhecimento da situação de cada instituição, preparar toda a análise periódica de reportes financeiros e supervisionar as mesmas em cada momento. Entendemos que este tipo de JST deveria ser aplicado quer às instituições significativas, quer às instituições menos significativas, ficando o BCE, no âmbito deste modelo, relegado para a tomada de decisão a final, já que existe comunicação direta e permanente com a existência de membros deste órgão nas JST. A única diferença face à estrutura que propomos é que estas JST,

²⁴ Comunicado “*ECB assumes responsibility for euro area banking supervision*”, datado de 4 de novembro de 2014, disponível através do endereço <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2014/html/pr141104.en.html> ;

atualmente, apenas estendem o seu raio de atuação às instituições significativas²⁵. O papel do BCE não ficaria reduzido mas, outrossim, menos asoberbado, já que a supervisão indireta é atualmente feita em moldes que incluem, designadamente, o acompanhamento permanente do BCE em termos de controlo de práticas de supervisão, com a possibilidade de intervenção direta no processo – se e quando o entenda necessário –, acompanhamento das práticas de cada uma das ANC através de acompanhamento regular dos relatórios por estas elaborados, de visitas programadas junto das ANC para discussão da evolução das instituições menos significativas e de um conjunto de comunicações obrigatórias entre cada ANC e o próprio BCE.

Poder-se-ia dizer, na senda de INÊS PALMA RAMALHO²⁶, que um dos pressupostos para a criação do MUS – patente em diversos dos preceitos do Regulamento do MUS e destacado pela doutrina especializada - terá sido o facto de as ANC não terem desempenhado adequadamente o seu papel durante o período de crise financeira. É facto que assente que não se poderia esperar das mesmas, no período inicial de conceção da estrutura do MUS, uma atuação tão diligente quanto se pretenderia. Contudo, volvidos quase dez anos, e decorridos vários períodos significativos com impacto no tecido económico europeu e mundial, nada justifica que uma aprendizagem com erros do passado não conceda às ANC uma verdadeira competência para a tarefa em causa.²⁷

Seguindo de perto aquela autora²⁸, o dever de cooperação leal é um dever ao qual o BCE e as ANC estão estritamente sujeitos e aqui se sustentará a base para não criar uma dependência tão estrutural – numa fase procedimental e não de decisão final – do próprio BCE, de quem se espera a tarefa hercúlea de assegurar a supervisão financeira no caso de falhanço das ANC no desempenho das suas competências.

O que se propõe, em termos práticos, é diminuir o numero de comunicações e deslocações necessárias – uma das críticas iniciais à criação do MUS passava pela alusão à distância geográfica que o supervisor passaria a ter relativamente às instituições supervisionadas²⁹ - à supervisão indireta, adaptando o modelo de supervisão das instituições menos significativas a todas as instituições, com as nuances acima indicadas, passando o órgão das JST a exercer, de forma consolidada, todo o papel da supervisão direta, quer das instituições menos significativas,

²⁵ Informação disponibilizada no sítio da Internet do Banco Central Europeu, disponível através do endereço <https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/approach/jst/html/index.pt.html> ;

²⁶ RAMALHO, Inês Palma - O Mecanismo Único de Supervisão: uma breve análise sobre os desafios da sua implementação (Parte I) in *Revista de Direito das Sociedades 2015-02 (403-433)*, pág. 421;

²⁷ RAMALHO, Inês Palma, *obj. cit.*, vide nota 16;

²⁸ RAMALHO, Inês Palma, *obj. cit.*;

²⁹ RAMALHO, Inês Palma, *obj. cit.*, pág. 420;

quer das instituições significativas, proporcionando um mecanismo absolutamente transversal e uniformizando, ainda mais as práticas e princípios de supervisão de forma coerente e harmonizada em todo o espaço europeu, mantendo vivo o principal objetivo que se referiu no início desta nossa análise, de coerência e harmonização de procedimentos de regulamentação que definam e possibilitem a existência e manutenção de um espaço único europeu.

Mas como se processa, então, o processo de avaliação e revisão pelo supervisor?

O processo geral encontra-se vertido nos artigos 97.º e 98.º do CRD IV³⁰, que foram transpostas para o direito interno português através dos artigos 116.º-A e 116.º-B do RGICSF e é estabelecido por uma avaliação de riscos a que as instituições estão ou poderão vir a estar sujeitas, aos riscos que estas podem vir a introduzir no sistema financeiro e aos riscos revelados pelos testes de esforço. Este exercício deve ser efetuado com uma periodicidade anual para as instituições de crédito com maior nível de risco na avaliação efetuada pelo supervisor ou para as quais tenha sido atribuído um maior nível de risco sistémico. Aquelas instituições que, por outro lado, não apresentem tais critérios de necessidade são supervisionadas com base no princípio da proporcionalidade, de acordo com a sua dimensão, importância sistémica, natureza, escala e complexidade da sua atividade. É de saudar esta distinção com base na avaliação nos termos acima indicados, uma vez que é, assim, possível determinar quais as instituições que, com base na avaliação de riscos efetuada, necessitam de uma mais intensa supervisão, poupando, previamente, recursos e tempo despendidos se todo este processo fosse transversal a todas as instituições. Compreende-se, deste modo, a divisão de critérios encontrada para classificar as instituições de crédito.

Após a categorização das instituições e a subsequente avaliação – assente na supervisão daquelas instituições -, o MUS passa por aplicar a análise de riscos efetuada no passo anterior. Esta avaliação de riscos inclui quatro fundamentais componentes da supervisão prudencial. A primeira é a avaliação do modelo de negócio das instituições supervisionadas, avaliando a sua viabilidade e sustentabilidade num médio/longo prazo, destacando-se as principais áreas de negócio, análise de estratégias e vulnerabilidades e, muito importante, da avaliação da envolvente sistémica.

Em segundo lugar o processo passa por uma avaliação do governo interno e da gestão de risco que cada instituição estabelece como critérios da sua atividade, avaliando a viabilidade e a capacidade das disposições de sistema de *corporate governance* daquelas instituições,

³⁰ ALBUQUERQUE, Carlos Torroaes, *obj. cit.*, 2018, págs. 73 e ss;

designadamente a sua cultura e valores, passando pela capacidade e idoneidade dos membros do órgão de administração.

Saliente-se e saúde-se, no âmbito deste ponto abordado, o controlo do *corporate governance* das instituições de crédito, já que, verifica-se um controlo externo pela ANC portuguesa (Banco de Portugal), na tomada de decisão dos dirigentes daquelas instituições, fundando-se a mesma na tomada de conhecimento de factos que possam indicar, ou não, um juízo de idoneidade controlado por aquela, que pode culminar com uma decisão de recusa ou cancelamento da autorização para exercício da atividade dirigente, funcionando como uma verdadeira prerrogativa administrativa de controlo prévio pelo Banco de Portugal. A idoneidade destes membros encontra-se, assim e naturalmente, vinculada aos interesses de salvaguarda da segurança dos fundos confiados àquelas instituições e da preservação da confiança no mercado – veja-se o teor dos artigos 30.º, números 1 e 2 do RGICSF. Para além disso, o legislador – numa transposição do direito europeu – estabeleceu um quadro de critérios para avaliar o conceito de idoneidade par o desempenho de tais funções. É aqui, ainda, possível repescar o conceito chave do direito comercial-societário, vertido no artigo 64.º do CSC, no qual se observa que constitui dever central e nuclear dos membros dos órgãos sociais das sociedades respeitar o princípio da observação do critério da diligência de um gestor criterioso e ordenado, sendo esta a base inelutável da intervenção, *a posteriori*, das ANC no controlo do governo societário das instituições de crédito.³¹

Por fim, e retomando a nossa análise, a avaliação de riscos passa, ainda, pela componente da avaliação dos riscos de perda de capital e a avaliação dos riscos para a liquidez e o financiamento, através, essencialmente, de testes de esforço realizados em condições específicas.

Após a avaliação de riscos e daquilo que constitui as principais vulnerabilidades de cada instituição sujeita ao MUS, é definida uma notação final e vistos com detalhe todos os aspetos técnicos. As equipas de decisão culminam numa decisão que se pode revestir de diversas naturezas (recomendações, por exemplo) e que abrangem cinco categorias: podem ser decisões quantitativas de capital, que estabelecem os valores mínimos de capital que as instituições devem cumprir ao longo do tempo, decisões relacionadas com liquidez, que pode determinar os rácios específicos de liquidez mais ou menos elevados, em medidas de plena supervisão, em que se pretendem implantar, num certo horizonte temporal, podendo consubstanciar o reforço

³¹ COSTA, Carlos Filipe Fernandes de Andrade, O Mecanismo Único de Supervisão no Quadro da União Bancária Europeia: O Tempo e o Modo, Contributo para o Direito Administrativo Bancário, Edição digital, 2017;

de mecanismos relacionados com o governo e o controlo interno de cada instituição, a redução do risco inerente à exposição daquelas instituições a uma determinada atividade, a reportes de informação dos acionistas ou aplicação de medidas específicas de provisionamento, apenas meramente a título de exemplo.

Por fim, podem ainda incidir sobre decisões de planeamento de atividades ou ações de supervisão para os períodos temporais que se seguem, incluindo possíveis correções ou acompanhamento mais próximo de uma determinada instituição e, finalmente, decisões que determinam medidas de intervenção corretiva³². Quanto a estas, podemos aqui elencar o teor do artigo 141.º do RGICSF que determina que, no caso de incumprimento por uma instituição de crédito – ou apenas em caso de risco de incumprimento – dos normativos legais ou regulamentares da sua atividade, poderá o Banco de Portugal determinar a aplicação de uma série de medidas, ali elencadas nas suas várias alíneas. Neste caso, de acordo com o tipo de medida a aplicar, terão as mesmas que ser comunicadas às autoridades de resolução relevantes para a instituição em causa.

Saliente-se, ainda, que as decisões são, por fim, formalmente comunicadas às entidades supervisionadas, passando por um período de audição destas, em que se pronunciam sobre eventuais comentários ou sugestões, sendo, após, transformado em decisão final e formal, consubstanciando as alterações que a fase de audição prévia determine.

Em jeito de balanço da atividade desenvolvida, desde a sua integração, pelo MUS, nos idos de 2014, foram identificados uma série de riscos de materialidade significativa para colocarem em causa a estrutura e a sua eficácia. De facto, o BCE tem realizado diversos balanços à atividade desenvolvida, tendo verificado, em geral, que a conjugação dos aspetos analisados pelo mecanismo leva a crer que os problemas de rendibilidade geral das instituições financeiras, os mecanismos internos de gestão e governação e de controlo dos riscos, questões relacionadas com operações e créditos, foram considerados como principais pontos de preocupação no âmbito da atividade de supervisão.

Podemos, assim, com o MUS, assistir a uma transferência da soberania nacional para as instituições europeias, aproximando e aglutinando um controlo superior, em estreita colaboração com as autoridades nacionais de cada Estado Membro. Ora, tal operação envolve um compromisso de ambas as partes, integrado numa perspetiva de união e de revitalização dos valores europeus assumidos por cada Estado Membro, ainda que à custa de uma progressiva

³² COSTA, Carlos Filipe Fernandes de Andrade, O Mecanismo Único de Supervisão no Quadro da União Bancária Europeia: O Tempo e o Modo, Contributo para o Direito Administrativo Bancário, Edição digital, 2017, pág. 48;

fragmentação do poder das instituições nacionais, que tentámos combater com base as sugestões por nós apresentadas.

Face a esta análise de âmbito mais crítico, podemos concluir que, não obstante a margem que existe para aprimorar, *a posteriori*, a estrutura e arquitetura do MUS, o mesmo constitui um profundo e importante avanço na compatibilização da atividade das instituições de crédito com os princípios orientadores que têm vindo a ser elencados. Sobretudo tendo em conta que os critérios de transparência têm estado no foco central dos esforços conjuntos das ANC e do próprio BCE, enquadrando-se com o paradigma atual da área e da atividade financeiras, as quais devem, gradual, mas integralmente, integrar os desafios de supervisão das mesmas, sendo assim possível integrar a atividade de supervisão, no âmbito do MUS, com a defesa dos depositantes e da estabilidade financeira e com a criação de um mercado único no espaço da União Europeia.

Conclusão

No âmbito do MUS, composto pelo BCE e pelas ANC, incumbe ao BCE exercer as principais funções de supervisão. O BCE é responsável por garantir o funcionamento eficaz e coerente do MUS, com vista a uma supervisão bancária “intrusiva” e eficaz, contribuindo para a segurança e a solidez do sistema bancário e a estabilidade do sistema financeiro.³³

Resulta da análise levada a cabo neste estudo que a estrutura arquitetada para o mecanismo em análise foi pensada por forma a integrar o processo decisório entre as ANC e o BCE. Constatámos que, ao contrário do que inicialmente se poderia pensar, não existe uma verdadeira repartição de competências, mas, outrossim, uma verdadeira realização descentralizada de competências atribuídas ao BCE, pelas ANC, no âmbito das instituições menos significativas. A nossa proposta de sugestão de aglomerar este procedimento a todas as instituições abrangidas pelo MUS poderá ter ou não aceitação, mas, julgamos, poderá constituir um mecanismo de cooperação mais intensificada entre as ANC e o BCE. Só através de um sistema de supervisão eficaz poderemos alcançar os valores propostos com a implementação deste sistema, mantendo e respeitando todos os princípios de direito europeu que norteiam o funcionamento destes procedimentos.

Que não se negue a eficácia da estrutura de supervisão; não obstante, exige-se uma estrutura mais dinâmica, que não se fique por questões e procedimentos formais. É por demais evidente que a os problemas na relação entre os órgãos de supervisão constituem um encargo à fluidez da tomada de decisões. Cremos que a discricionariedade na atuação das ANC poderia, eventualmente, ser mais abrangente, podendo estas deter uma intervenção mais direta, sempre, sublinhe-se, sob controlo direto do BCE. Não deixa, contudo, de ser uma “zona cinzenta” de interpretação do quadro normativo, como se viu.

Questiona-se se não deverá existir uma compilação normativa de normas de *governance* para instituições de crédito. Por nossa parte, defende-se essa medida, aliás, já vários institutos têm tentado colocar em prática um Código oficial de boas práticas de governação, não tendo, contudo, avançado para o direito bancário, pois, repise-se, a doutrina geral considera já muito denso o sistema normativo bancário. E aqui se estende o cerne da nossa resposta, de índole internacional:³⁴ não é singelamente pelo facto de o sistema normativo ser já opaco e de poder,

³³ Banco Central Europeu, Manual de supervisão do MUS – Supervisão Bancária europeia: funcionamento do MUS e abordagem prudencial, 2018 Manual de Supervisão do MUS, março de 2018, pág. 4;

³⁴ CHIU, Iris H-y, MCKEE, Michael, The Law On Corporate Governance in Banks, 2012, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, Elgar Financial Law and Practice, pags. 312;

eventualmente, tornar ainda mais densa a compreensão dos sistemas financeiros. A questão que abordámos trata de supervisão e não é uma questão puramente jurídica – o governo das instituições de crédito é algo que acarreta um interesse público que merece a proteção jurídica – veja-se a proteção constitucional referenciada supra! – mas exige algo mais, uma operação de modelação jurídica que envolva diretamente todos os órgãos de supervisão, deixando de lado a formalidade das instituições. Um órgão híbrido como o MUS foi pensado para uma intervenção direta e não um controlo exercido “*above the structure*”. Entende-se, de resto, a perspetiva do Supervisor, em que o *corporate governance* é muitas vezes entendido como instrumento de estabilidade política e por esse mesmo motivo um instrumento que deve ser jurídico-formal; no entanto, a responsabilidade destes órgãos é de aplicar a regulação prudencial, não vindo num espaço de tempo muito perto do “*à posteriori*”. Só numa tomada de posição prévia, seguramente baseado num código de boas condutas, deixando de lado o RGICSF, isolando os seus capítulos dedicados à supervisão prudencial e recolhendo-os a um código jurídico de princípios de boa conduta, que daria mais amplitude ao RGICSF para se debater com as questões de acesso, manutenção e assunção do risco financeiro e acesso à atividade.

Tome-se em consideração este princípio económico-social, bem como as críticas e sugestões apresentadas, e talvez se obtenha um vislumbre de uma possível solução: as finanças modernas são demasiado complexas; a regulação financeira é, quase certamente, demasiado complexa... não se combate complexidade com complexidade, porque a complexidade gera incerteza.

Ainda assim, e volvidos vários anos de aplicação e ação do MUS, podemos, contudo, verificar que os fundamentos que serviram de base à redação do Regulamento que enquadrou legalmente o MUS, se mantêm atuais, o qual aqui em parte se transcreve:

“Por conseguinte, a fim de se preservar a estabilidade financeira da União e potenciar os efeitos positivos da integração do mercado no crescimento e no bem-estar, deverá aprofundar-se a integração da função da supervisão.” E de que maneira? O mecanismo aqui em análise tem proporcionado o alcance de alguns objetivos a que o mesmo se propôs, essencialmente, os de assegurar uma supervisão mais eficaz na área bancária e financeira e, ainda assim, conseguir contribuir consideravelmente para reduzir o risco de interpretações diferentes e decisões contraditórias existentes entre as entidades que compõem estas entidades sob supervisão. Não obstante, o caminho é longo até à pretendida integração harmoniosa, sobretudo tendo em consideração que esta estrutura aqui analisada é relativamente nova e sempre sujeita aos condicionalismos económico-sociais que constituem o tecido frágil composto pelas políticas nacionais dos Estados-Membros que, na sua plenitude, compõe esta União em que vivemos. A

constante – mas cada vez menos constante – mutação das decisões está sempre sujeita ao escrutínio supranacional e é isto, no seu âmago, que nos mantém Unidos e sob a égide dos princípios estruturais desta União que possibilitará uma harmoniosa e eficaz integração, no tão desejado e ambicionado mercado único.

Referências bibliográficas e fontes

ALBUQUERQUE, Carlos Torroaes, Os bancos portugueses e o mecanismo único de supervisão (SSM), Origens, antecedentes, regulamentação, atividades fundamentais e o Banco de Portugal no seio do Mecanismo Único de Supervisão do Banco Central Europeu, 2018, Edições Almedina, ISBN 978-972-40-7694-2;

BANCO CENTRAL EUROPEU, Manual de supervisão do MUS – Supervisão Bancária europeia: funcionamento do MUS e abordagem prudencial, 2018 Manual de Supervisão do MUS, março de 2018, disponível em <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.supervisorymanual201803.pt.pdf?42da4200dd38971a82c2d15b9ebc0e65>

BANCO DE PORTUGAL – Livro Branco Sobre a Regulação e supervisão do setor financeiro, Gabinete do Governador, Lisboa, 2016, ISBN (online) 978-989-678-431-7, disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/livro_branco_web.pdf

BAINBRIDGE, Stephen M., Corporate Governance After The Financial Crisis, 2011, Oxford, Oxford University Press, ISBN 978-0-19-97-7242-1;

BERGER, Allen N., MOLYNEUX, Philip and WILSON, John O.S., The Oxford Handbook of Banking, 2015, 2ª Edição, Oxford, Oxford University Press;

CHIU, Iris H-y, ANDENAS, Mads, DEIPINBROCK, Gudula The Foundations and Future of Financial Regulation, Governance for Responsibility, 2016, Cham: Springer, ISBN 978-3-319-32172-1;

CHIU, Iris H-y, MCKEE, Michael, The Law On Corporate Governance in Banks, 2012, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, Elgar Financial Law and Practice;

COSTA, Carlos filipe Fernandes de Andrade, O Mecanismo Único de Supervisão no Quadro da União Bancária Europeia: O Tempo e o Modo, Contributo para o Direito Administrativo Bancário, Edição digital, 2017, ISBN 978-989-20-7575-4, disponível através do endereço

file:///C:/Users/joao_/OneDrive/Desktop/Mestrado/Tese/disserta%C3%A7%C3%A3o/leituras/SSRN-id3231078.pdf

DERMINE, Jean, *Financial Markets, Institutions & Instruments – Topics in Financial Intermediation: Bank Corporate Governance, Beyond the Global Banking Crisis*, 2013, New York, New York University Salomon Center and Wiley Periodicals;

FERRARINI, Guido, RECINE, Fabio, *The single rulebook and the SSM: should the ECB have more say in prudential rule-making?*, in *European Banking Union*. Oxford: Oxford University Press, 2015;

Comunicado “*ECB assumes responsibility for euro area banking supervision*”, datado de 4 de novembro de 2014, disponível através do endereço

<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2014/html/pr141104.en.html>

MACARTNEY, Huw, HOWARTH, David, *The politics of supranational banking supervision in Europe*, 2018, London: Routledge Taylor and Francis Group, West European Politics Series, ISBN 978-1-138-63700-9;

MUELBERT, Peter O., *Direito dos Valores Mobiliários – Volume X – Corporate Governance of Banks*, 2011, Instituto dos Valores Mobiliários, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, ISBN 978-972-32-1894-7;

NOBRE, Francisco A. G., *Artigos de Estabilidade Financeira, fronteiras e Limites da supervisão Prudencial do BCE no âmbito do SSM*, Banco de Portugal, 2018, disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/artigo_6_pt.pdf

RAMALHO, Inês Palma - *O Mecanismo Único de Supervisão: uma breve análise sobre os desafios da sua implementação (Parte I) in Revista de Direito das Sociedades 2015-02 (403-433)*, disponível em [http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202015-02%20\(403-433\)%20-%20Doutrina%20-%20In%C3%AAs%20Palma%20Ramalho%20-%20O%20Mecanismo%20-%20%C3%AAnico%20de%20Supervis%C3%A3o%20-](http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202015-02%20(403-433)%20-%20Doutrina%20-%20In%C3%AAs%20Palma%20Ramalho%20-%20O%20Mecanismo%20-%20%C3%AAnico%20de%20Supervis%C3%A3o%20-)

[%20uma%20breve%20an%C3%A1lise%20sobre%20os%20desafios%20da%20sua%20implementa%C3%A7%C3%A3o%20\(Parte%20I\)%20.pdf](#)

SANTOS, Filipe Cassiano – ESTUDOS do Instituto dos Valores Mobiliários – Corporate Governance e Regime das Instituições de Crédito: Novas tendências em matéria de governo das sociedades bancárias e de supervisão, Lisboa, 2011, disponível em https://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1360862156governo_das_sociedades_bancarias_formatado.pdf

WISSINK, Laura, Effective legal protection in banking supervision: na analysis of legal protection in composite administrative procedures in the Single Supervisory Mechanism, Zutphen: European Law Publishing, 2021, ISBN 97894662512528;

ZILIOLO, Chiara, WOJCIK, Karl-Phillip, Judicial review in the European Banking Union, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021, ISBN 978-1-80037-319-8;