

NOTA INFORMATIVA

DIREITO BANCÁRIO E
FINANCEIRO

PLMJ

A.M.PEREIRA, SÁRAGGA LEAL, OLIVEIRA MARTINS, JÚDICE E ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL

ESTABILIDADE DO SECTOR FINANCEIRO MEDIDAS LEGISLATIVAS E REGULAMENTARES

No contexto e em reacção ao turbilhão financeiro internacional, os governos e as autoridades de supervisão dos mercados financeiros têm vindo a adoptar medidas de intervenção excepcional e outras destinadas ao reforço da regulação aplicável ao sector financeiro e à protecção dos seus investidores. Estas iniciativas prosseguem um objectivo transversal, ou seja, mitigar os efeitos nefastos da actual crise de liquidez, reforçar a estabilidade financeira e a devolver a confiança dos investidores nos mercados financeiros.

PLMJ tem vindo a acompanhar atentamente a evolução legislativa e regulamentar aplicável ao sector financeiro português e, através da presente Nota Informativa, pretende dar início a um ciclo de iniciativas destinadas ao acompanhamento e reflexão, com os seus clientes, sobre o “novo” ambiente legislativo e regulamentar aplicável ao sector financeiro português.

No passado mês de Setembro, PLMJ divulgou um sumário das medidas sobre “Short Selling” adoptadas em Portugal. Na presente Nota Informativa, fazemos uma breve retrospectiva das medidas recentemente tomadas no contexto supra referido.

Como é sabido, em poucas semanas, o Governo português aprovou e anunciou um conjunto de medidas extraordinárias destinadas ao reforço da liquidez e da solidez financeira das instituições de crédito com sede em Portugal e, bem assim, outras também destinadas a reforçar a estabilidade e a confiança no mercado financeiro português, das quais destacamos:

I. Medidas Extraordinárias de Reforço da Liquidez e Solidez Financeira

- . Possibilidade de concessão extraordinária de garantias pessoais pelo Estado Português às instituições de crédito sediadas em Portugal, no montante máximo de 20 mil milhões de euros;
- . Mecanismos destinados à (re)capitalização das instituições de crédito sediadas em Portugal, no montante máximo de 4 mil milhões de euros;
- . Aumento do limite da cobertura do Fundo de Garantia de Depósitos de 25 mil euros para 100 mil euros;
- . Fixação de um objectivo às instituições de crédito sediadas em Portugal no montante mínimo de 8% de fundos próprios de base (“Core Tier I Capital”).

II. Medidas de Reforço da Estabilidade e da Confiança no Sector Financeiro

- . Reforço dos deveres de informação e transparência no âmbito do sector financeiro;
- . Flexibilização dos mecanismos regulatórios da CMVM, aplicáveis aos organismos de investimento colectivo e fundos de investimento imobiliários;
- . Aprovação do regime jurídico da apropriação pelo Estado de participações sociais de pessoas colectivas privadas na salvaguarda do interesse público;
- . Regime de aprovação e divulgação da política de remuneração dos membros dos órgãos de administração e fiscalização de entidades de “interesse público”;
- . Revisão do regime sancionatório para o sector financeiro.

Analisaremos de seguida, embora sumariamente, cada uma destas medidas.

I. Medidas Extraordinárias de Reforço da Liquidez e Solidez Financeira

- Garantia extraordinária do Estado Português: 20 mil milhões de euros

- . O regime legal e regulamentar aplicável à concessão extraordinária de garantias pessoais pelo Estado para o reforço da estabilidade financeira e disponibilização de liquidez nos mercados financeiros, consta da Lei n.º 60-A/2008, de 20 de Outubro, e da Portaria n.º 1219-A/2008, de 23 de Outubro.
- . Atentas as circunstâncias de excepcionalidade desta medida, a concessão ou renovação das garantias referidas tem natureza transitória, mantendo-se apenas até 31 de Dezembro de 2009.
- . Trata-se de uma garantia disponibilizada às instituições de crédito sediadas em Portugal (que cumpram os critérios de solvabilidade previstos na lei) e que se destina a assegurar o cumprimento das obrigações por si assumidas no âmbito das suas operações de financiamento ou refinanciamento, incluindo a sua renovação, até um valor máximo de 20 mil milhões de euros.

“Melhor Sociedade de Advogados no serviço ao Cliente” - Client Choice - International Law Office, 2008

“Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano” - IFLR Awards 2006 & Who’s Who Legal Awards 2006, 2008

“Melhor Departamento Fiscal do Ano” - International Tax Review - Tax Awards 2006, 2008

“Prémio Mind Leaders Awards™” - Human Resources Suppliers - 2007

. A concessão das garantias pelo Estado tem por objecto exclusivo o cumprimento de obrigações assumidas em contratos de financiamento ou de emissão de dívida não subordinada, com um prazo mínimo de 3 meses e máximo de 3 anos (excepcionalmente, 5 anos), denominada em euros; Nesta medida, estão expressamente excluídas as operações do mercado monetário de depósitos monetários, as operações de dívida subordinada as que já beneficiem de outro tipo de garantia e, ainda, as operações de financiamento realizadas em jurisdições que não observem padrões de transparência internacionalmente aceites.

. O pedido de garantia do Estado deve ser apresentado ao Banco de Portugal (nos termos e acompanhado dos elementos constantes da Lei n.º 60-A/2008, de 20 de Outubro e da Portaria n.º 1219-A/2008, de 23 de Outubro) considerando-se efectuado igualmente junto do Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I.P. Estas entidades submeterão proposta de decisão devidamente fundamentada (incluindo a análise do contributo da entidade em causa para o financiamento da economia) ao membro do Governo responsável pela área das Finanças.

. A concessão desta garantia está sujeita ao pagamento, pela instituição de crédito beneficiária de uma comissão, cujo valor é apurado pelos critérios constantes do Anexo à Portaria n.º 1219-A/2008, de 23 de Outubro, mas tal não prejudica a possibilidade de ajuste em função de contragarantias prestadas.

. Sem prejuízo das prerrogativas de fiscalização e acompanhamento da execução e da gestão das garantias previstas nos diplomas supra referidos, em caso de accionamento da garantia em virtude de incumprimento pela entidade beneficiária, o Estado ficará sub-rogado no direito do credor, podendo, se tal for necessário para a preservação do seu interesse patrimonial:

- (i) Converter o crédito que detém sobre a instituição beneficiária da garantia em capital da mesma, designadamente através da emissão de acções preferenciais;
- (ii) Decidir sobre a adopção de princípios de bom governo societário, sobre a política de distribuição de dividendos e de remuneração dos titulares dos órgãos de administração e fiscalização;
- (iii) Designar um ou mais administradores provisórios para a instituição que beneficia da garantia, nos termos do artigo 143.º do RGIC.

. Esta medida teve um impacto positivo no sector bancário, tendo até à data um conjunto de importantes instituições de crédito portuguesas equacionado a possibilidade de a utilizar se necessário. Não obstante, a sua utilização levanta questões jurídicas importantes a equacionar pelos seus beneficiários.

- (Re)capitalização das instituições de crédito: 4 mil milhões de euros.

. Encontra-se, neste momento, em fase de aprovação na Assembleia da República, uma proposta de lei que visa implementar medidas de reforço da solidez financeira das instituições de crédito sediadas em Portugal, à semelhança do que tem vindo a ser feito noutras jurisdições (por referência às recomendações da Comissão Europeia sobre a matéria).

. A proposta prevê dois regimes distintos:

- (i) O reforço dos níveis de fundos próprios das instituições de crédito que reúnam, no âmbito da legislação aplicável, condições de solidez e solvência, procurando nivelá-las com as suas congéneres europeias;
- (ii) A intervenção pública directa nos processos de recuperação e saneamento de instituição de crédito que, nos termos do artigo 141.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, apresentem, ou mostrem risco de apresentar, um nível de fundos próprios, solvabilidade ou liquidez inferior ao mínimo legal.

. As medidas referidas têm natureza subsidiária e temporária, sendo aplicáveis a operações de capitalização de instituições de crédito com sede em Portugal, a realizar até 31 de Dezembro de 2009.

. A (re)capitalização pode ser efectuada com recurso a quaisquer instrumentos ou meios financeiros elegíveis para fundos próprios de base (*Tier I*), podendo ser efectuadas através de operações distintas, incluindo:

- (i) Aquisição de acções próprias da instituição de crédito;
- (ii) Aumento do capital social da instituição de crédito mediante acções ordinárias, acções preferenciais sem voto e acções que conferem direitos especiais;
- (iii) Outros valores, legal ou estatutariamente admitidos, representativos de capital;
- (iv) Contrato de associação em participação ou contrato de efeitos similares;

A emissão dos instrumentos financeiros referidos pode, ainda, ser destinada aos accionistas da instituição de crédito, ao público ou a ambos, com tomada firme ou garantia de colocação, no todo ou em parte, pelo Estado.

Por proposta do Banco de Portugal, devidamente fundamentada, a operação de capitalização pode assumir a natureza de emissão de dívida (convertível ou permutável em acções ordinárias ou preferenciais), sem sujeição ao limite previsto no artigo 349.º do CSC.

. Às instituições financeiras que beneficiem deste auxílio serão impostos deveres especiais, como, por exemplo, o financiamento à economia, nomeadamente às famílias e às PME's, a adopção de boas práticas de governo societário, a adopção de uma política de remunerações e dividendos determinada e o eventual reforço das contribuições para o Fundo de Garantia de Depósitos (condições a fixar em Despacho do Titular das Finanças).

. O acesso ao investimento público no âmbito da iniciativa legislativa é independente do recurso pela instituição de crédito a garantias pessoais do Estado, nos termos da Lei n.º 60-A/2008, de 20 de Outubro.

. O acesso ao investimento público para reforço de fundos próprios depende do envolvimento de vários órgãos sociais e de regras especiais relativamente à convocação, funcionamento e deliberações da assembleia geral, disposições estas que levantam questões importantes a avaliar pelas instituições de crédito em causa.

Uma vez aprovada e regulamentada a legislação ora referida, voltaremos a abordar as soluções finalmente consagradas.

- Aumento do limite da cobertura do Fundo de Garantia de Depósitos de 25 mil euros para 100 mil euros.

. O Governo reforçou o limite de cobertura do Fundo de Garantia de Depósitos, dos 25 mil euros impostos pela Comunidade Europeia, para 100 mil euros;

. Reduziu ainda o prazo de reembolso dos depósitos cobertos de 3 meses para 1 mês, com direito ao recebimento de uma parcela de 10 mil euros no prazo de 7 dias;

. Estas medidas constam do Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de Novembro, já em vigor.

- Fixação de um objectivo às instituições de crédito sedeadas em Portugal no montante mínimo de 8% de fundos próprios de base (“Core Tier I Capital”).

. Em conferência de imprensa de 2 de Novembro de 2008, o Governo antecipou como objectivo a cumprir pelas instituições de crédito quanto ao montante mínimo de fundos próprios de base (“Tier 1 Capital”), que deverá agora ser de 8% e já não os actuais 4% exigidos ou os 7% que correspondem, *grosso modo*, à prática corrente.

. Esta medida foi tomada em linha com a Comunicação da Comissão Europeia sobre a aplicação das regras sobre Auxílios de Estado no contexto da actual crise financeira global (n.º 2008/C 270/02) no sentido de reforçar a solidez das instituições do sector bancário.

. Sobre as demais medidas regulatórias, é de destacar também que o Banco de Portugal publicou em 14 de Outubro o Aviso n.º 6/2008, autorizando as instituições de crédito a desconsiderar para efeitos de cálculo de fundos próprios os lucros e perdas potenciais das suas carteiras de obrigações e outra regulamentação igualmente relevante neste âmbito.

II. Medidas de Reforço da Estabilidade e da Confiança no Sector Financeiro

- Reforço dos deveres de informação e transparência no âmbito do sector financeiro.

. Com a entrada em vigor – a 12 de Outubro de 2008 - do Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de Novembro, que alterou um conjunto de diplomas aplicáveis ao sector financeiro, pretendeu-se reforçar os deveres de informação e transparência para com as autoridades de supervisão e para com os clientes das instituições financeiras.

. Embora já existisse regulamentação sobre a matéria, incluindo deveres de informação especiais na comercialização de ICAE (Aviso n.º 6/2002 do Banco de Portugal) e regras aplicáveis às actividades de intermediação relacionadas com instrumentos financeiros complexos (Cód.VM) em linha com as regras previstas na DMIF (para além, naturalmente, do conteúdo da informação incluída nos prospectos de oferta pública de instrumentos financeiros), o legislador entendeu “nivelar” os deveres de informação sobre produtos financeiros complexos que sejam colocados no mercado português.

. Embora ainda não tenha sido aprovada lei especial sobre a emissão e comercialização de produtos financeiros complexos – regime que levanta um conjunto de questões, nomeadamente no que respeita

à sua compatibilidade com as Directivas Comunitárias sobre as ofertas de instrumentos financeiros na EU – o Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de Novembro, prevê que (i) as mensagens publicitárias sobre produtos financeiros complexos passem a estar sujeitas a autorização prévia da autoridade responsável pela supervisão do instrumento e que (ii) a sua colocação deva ser precedida de um prospecto informativo em linguagem clara, sintética e compreensível, previamente à respectiva subscrição.

. Este diploma reforça ainda os deveres de informação e assistência aos clientes das instituições bancárias, sobretudo na fase pré-contratual da concessão de crédito ao consumo instituições de crédito.

. Aguardam-se alguns desenvolvimentos regulamentares das regras previstas neste diploma; Chamamos ainda a atenção para a consulta pública (Consulta Pública n.º 3/2008) do Banco de Portugal sobre um Projecto de Diploma Regulamentar que estabelece um conjunto de regras a cumprir pelas instituições de crédito antes da abertura de contas à ordem e da constituição de depósitos bancários, sejam estes a prazo, com pré-aviso ou de poupança. Essas regras abrangem igualmente a informação que deve constar do documento que concretiza a abertura de conta ou a constituição de depósito, sublinhando o carácter contratual destas aplicações.

. No plano da regulação institucional, prevê-se o reforço (ou clarificação) das informações a prestar pelas instituições de crédito ao Banco de Portugal, em particular sobre (i) os riscos em que incorrem, incluindo o nível de exposição a diferentes tipos de instrumentos financeiros; (ii) as práticas de gestão e controlo dos riscos a que estão ou possam vir a estar sujeitas; (iii) as metodologias adoptadas na avaliação dos seus activos, em particular daqueles que não sejam transaccionados em mercados de elevada liquidez e transparência.

. Idêntica orientação é seguida no que respeita à informação necessária ao exercício da supervisão prudencial pela CMVM sobre o elenco das entidades previstas no artigo 363.º do Cód.VM.

. Numa outra perspectiva, as sociedades abertas passam a comunicar, nos termos do Artigo 16.º do Cód.VM, as participações detidas em sociedades sedeadas em Estado que não seja membro da União Europeia, e os intermediários financeiros autorizados a actuar por conta própria os activos por si detidos, ou por sociedade por si dominada, domiciliados ou geridos por entidade sedeadada nas jurisdições referidas.

- Flexibilização dos mecanismos regulatórios aplicáveis aos organismos de investimento colectivo e fundos de investimento imobiliário e reforço das competências do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros.

. O diploma *supra* referido prevê ainda a possibilidade de dispensa temporária, mediante requerimento dos interessados, do cumprimento de certas matérias relativas à gestão de fundos de investimento: (i) regime de composição de carteiras, seus limites, técnicas e instrumentos de gestão dos fundos de investimento; (ii) termos e condições de financiamento dos fundos de investimento; (iii) realização de operações com fundos e entidades relacionadas; (iv) vicissitudes a que estão sujeitos os fundos de investimento, em particular no que respeita à fusão, cisão, transformação, liquidação e partilha de fundos. Trata-se de outra medida de natureza excepcional, com vista a permitir uma maior flexibilidade na gestão dos fundos, no contexto da actual crise financeira.

. Em contrapartida, o Artigo 1.º, n.º 2 do mesmo diploma prevê a competência da CMVM para impor o cumprimento de deveres adicionais a fundos de investimento e respectivas gestoras, depositários ou entidades comercializadoras, em situações excepcionais, nomeadamente de perturbação no mercado de instrumentos financeiros.

. Estas medidas e os poderes especiais e pontuais atribuídos à CMVM visam naturalmente defender o equilíbrio do mercado e os interesses dos participantes, face ao contexto actual.

. O reforço das competências do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros, composto pelo Banco de Portugal, ISP e CMVM era esperado, esperando-se igualmente que, em resultado da aprovação de todas as medidas aplicáveis ao sector financeiro, estas entidades assegurem a consistência e a proporcionalidade do edifício regulatório português e, bem assim, os objectivos de uma *“better regulation”*.

- Aprovação do regime jurídico da apropriação pelo Estado de participações sociais de pessoas colectivas privadas na salvaguarda do interesse público.

. Foi já publicada a Lei n.º 62-A 2008, de 11 de Novembro, que impulsionada pela nacionalização do BPN, consagrou o regime jurídico de apropriação pública por via de nacionalização, em execução do disposto no artigo 83.º da Constituição.

. Conforme abundantemente discutido, a nacionalização do BPN visou evitar a iminente situação de ruptura de pagamentos da instituição em causa, que ameaçava os interesses dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro português, em resultado do volume de perdas acumuladas por esta instituição de crédito.

. Em anexo ao diploma, encontram-se os princípios a que deve obedecer a apropriação pública, por via de nacionalização, no todo ou em parte, de participações sociais de pessoas colectivas privadas, quando, por motivos excepcionais e especialmente fundamentados, tal se revele necessário para salvaguardar o interesse público.

. Os actos de apropriação pública revestirão a forma de Decreto-Lei, ou seja, serão escrutinados pela Assembleia da República.

- Regime de aprovação e divulgação da política de remuneração dos membros dos órgãos de administração e fiscalização de entidades de “interesse público”.

. Esta proposta de lei que se encontra em processo de discussão na Assembleia da República estabelece novas regras acerca de políticas de remuneração, incluindo a obrigatoriedade de submeter à aprovação da Assembleia Geral uma declaração sobre a política de remuneração dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização das entidades de “interesse público”, prática até agora exigida apenas no âmbito recomendatório para as sociedades “cotadas”.

. Ao abrigo desta lei deverão ser objecto da referida declaração (e

divulgação): (i) os mecanismos que permitam o alinhamento dos interesses dos órgãos de administração com os interesses da sociedade; (ii) os critérios de definição da componente variável da remuneração; (iii) a existência de planos de atribuição de acções ou opções a membros dos órgãos de administração e de fiscalização; (iv) a possibilidade de o pagamento da componente variável da remuneração, se existir, a ter lugar, no todo ou em parte, após o apuramento das contas de exercício correspondentes a todo o mandato; e (v) a existência de mecanismos de limitação da remuneração variável, no caso de os resultados evidenciarem uma deterioração relevante do desempenho da empresa no último exercício apurado ou quando esta seja expectável no exercício em curso.

- Revisão do regime sancionatório para o sector financeiro.

. Foi submetida pelo Governo à Assembleia da República uma proposta de lei com vista a reforçar o quadro sancionatório para o sector financeiro em matéria criminal e contra-ordenacional, com a actualização - e alinhamento - das molduras penais e dos montantes das coimas à dimensão e características do sector financeiro actual.

. Sugere-se uma análise atenta às propostas legislativas não apenas no que se refere ao agravamento das molduras penais e montantes das coimas, mas também às prerrogativas atribuídas às entidades de supervisão.

Em suma, o “pacote” de medidas legislativas e regulamentares aprovadas, ou em vias de aprovação, é extenso, cobre diversas matérias e levanta um conjunto importante de questões que devem ser cautelosamente analisadas e discutidas pelos vários agentes do sector financeiro português. Como é natural, a estabilidade financeira e a confiança dos investidores no mercado financeiro português não se esgota na adopção de medidas legislativas e regulamentares e no reforço das competências dos supervisores financeiros. Com efeito, para além de também depender da evolução dos acontecimentos internacionais e do resultado do “novo” paradigma da regulação dos mercados, carece de um verdadeiro esforço comportamental dos seus agentes, do cumprimento efectivo de boas práticas de governo societário, sobretudo, no que respeita a uma eficiente fiscalização interna das instituições em causa e de um maior investimento em matéria de “investor education”. Uma verdadeira cultura de mercado e de transparência não se atinge apenas por via do reforço da regulação e da supervisão.

Lisboa, 19 de Novembro de 2008

A presente Nota Informativa destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas. A informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre o assunto contacte: Dra. Sónia Teixeira da Mota - e.mail: stm@plmj.pt, ou o Dr. André Fernandes Bento - e.mail: afb@plmj.pt

Escritórios Locais: Lisboa, Porto, Faro e Coimbra, Açores, Guimarães e Viseu (em parceria)

Escritórios Internacionais: Angola, Brasil e Macau e Moçambique (em parceria)