

Comentários adicionais da Associação Portuguesa de Bancos (APB) à Proposta de Lei n.º21/XV/1ª (GOV) – “Procede à transposição da Diretiva (UE) 2019/878, relativa ao acesso à atividade bancária e supervisão prudencial, e da Diretiva (UE) 2019/879, relativa à recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento”

I - Enquadramento

Encontra-se, em apreciação, pela Comissão de Orçamento e Finanças (COF) da Assembleia da República, para discussão na especialidade, a Proposta de Lei n.º 21/XV/1.ª, do Governo (a “Proposta de Lei”), que procede à transposição, para o ordenamento jurídico nacional, da Diretiva (UE) 2019/878, relativa ao acesso à atividade bancária e supervisão prudencial (CRD V), bem como da Diretiva (UE) 2019/879, relativa à recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento (BRRD II), em conjunto “as Diretivas”.

A Assembleia da República solicitou a diversas entidades, entre as quais a APB e o Banco de Portugal (BdP), a sua pronúncia, até 5 de setembro, sobre a presente iniciativa legislativa.

Considerando a importância das propostas apresentadas por algumas das entidades que se pronunciaram sobre a Proposta, gostaria a APB de endereçar alguns comentários a duas delas, a saber, ao [Parecer](#) (e [respetivo anexo](#)) do BdP, bem como aos [Comentários da Autoridade da Concorrência](#) (“AdC”).

II – Comentários Gerais ao Parecer do BdP

Conforme resulta da Exposição de Motivos da Proposta de Lei, esta visa, no essencial, transpor para o ordenamento jurídico nacional as Diretivas CRD V e BRRD II.

Atento o propósito expresso do legislador, a APB, nos comentários endereçados à Assembleia da República sobre a Proposta de Lei, circunscreveu a sua análise às matérias expressamente revisitadas pelo Governo no quadro do presente processo de transposição das Diretivas, bem como às soluções, agora apresentadas, relativamente a um conjunto muito restrito de matérias não tratadas na CRD V ou na BRRD II.

A abordagem, seguida pela APB, não significa, contudo, que o setor bancário entenda que a atual lei fundamental em matéria institucional (RGICSF) não carece de qualquer revisão, ou mesmo, de uma reforma global, que, introduzindo-lhe modernidade, nela passe a disciplinar novas matérias resultantes da evolução dos modelos de prestação de serviços bancários, a densificar institutos, a robustecer direitos e garantias de defesa dos supervisionados, a reponderar soluções à luz da importância do *level playing field* europeu ou, ainda, de alterações que permitam dar pleno acolhimento ao princípio da proporcionalidade.

A abordagem, seguida pela APB, significa, sim - e *apenas* - que, atenta a complexidade que um qualquer processo de revisão mais global destas matérias sempre envolve, este deverá necessariamente ser precedido de uma ampla e aprofundada reflexão sobre as melhores soluções a adotar, considerando, não só as especificidades do mercado nacional, mas também as soluções adotadas noutros Estados-Membros. Ou seja, de uma reflexão não compatível com a urgência do atual processo de transposição dos diplomas de Direito da União, aqui em causa.

Perfilhando uma visão diferente quanto ao âmbito do atual processo de revisão do RGICSF, o Banco de Portugal, ao invés, no Parecer enviado à AR, para além de comentar as opções de transposição das Diretivas, sugere ainda que sejam alteradas um conjunto de matérias de relevância para o setor e para o exercício da atividade supervisa, algumas delas, anteriormente discutidas no quadro do Anteprojeto de Código da Atividade Bancária (CAB), e relativamente às quais o processo de consulta pública não terá produzido respostas consensuais.

Em face das duas vertentes do Parecer do BdP, gostaríamos, assim, de endereçar à Assembleia da República alguns comentários adicionais sobre este importante assunto, atentando separadamente:

- Nas alterações, propostas pelo supervisor, à Proposta de Lei na parte em que esta se limita a proceder à transposição das Diretivas; e
- Nas alterações não resultantes do processo de transposição e que, como tal, são inovadoras no plano nacional e europeu.

III. A – Comentários relativos à transposição das Diretivas

- **Art. 138.º-BR – Montante nominal mínimo de instrumentos financeiros elegíveis.**

A introdução do presente artigo no RGICSF visa transpor, como bem sublinha e enquadra o BdP no seu Parecer, o artigo 44.º-A da BRRD II, o qual tem como objetivo assegurar que os investidores não profissionais não investem excessivamente em instrumentos elegíveis para o cumprimento do Requisito Mínimo de Passivos Elegíveis (MREL, na sigla inglesa).

A Diretiva preconiza que os Estados-Membros procedam à transposição dos requisitos constantes dos n.º 1 a 4 do art. 44.º-A **ou que**, em derrogação dos requisitos dos números anteriores, apliquem apenas a disposição constante do seu n.º 5, isto é, a definição de um valor nominal mínimo de, pelo menos, €50.000, sem prejuízo da necessidade de realização de testes de adequação nos termos definidos no artigo 25.º da MiFID II.

Relativamente a esta disposição, o BdP sugere, contrariamente à posição da APB e à própria proposta legislativa (que faz uso da opção prevista no supra referido n.º 5 do artigo 44.º-A da BRRD II), que:

- (i) o **montante nominal mínimo** em instrumentos elegíveis para o cumprimento do MREL **seja de €100.000;**
- (ii) **que tal previsão seja aplicada também na emissão;**
- (iii) **que tal previsão se aplique indistintamente à colocação dos referidos instrumentos junto de investidores profissionais ou junto de investidores não profissionais;**
- (iv) **que, em caso de colocação junto de investidores não profissionais, os requisitos de adequação, na sua vertente de “suitability”, sejam avaliados, independentemente do tipo de serviço prestado.**

O BdP considera que a solução constante da Proposta de Lei em matéria de fixação de uma denominação mínima para instrumentos financeiros (IF) suscita sérias dúvidas quanto à correta transposição da BRRD II, bem como quanto à efetividade da solução consagrada à luz dos objetivos gizados pela sua previsão.

Sublinha, ainda, que *“não foi demonstrado que a fixação da denominação mínima em €100.000 seja desajustada das práticas de mercado já observadas, quer em Portugal, quer no espaço europeu”*, que aquela (fixação) não se desvia das opções de outros Estados-Membros (*sem que se refiram quais os EM considerados*) e, ainda, que tal solução não afetará a capacidade de captação destes instrumentos por parte das Instituições de Crédito.

Quanto à proposta de redação alternativa proposta pelo BdP, gostaríamos de transmitir os seguintes comentários:

- (i) O alargamento do **âmbito subjetivo de aplicação da norma** de direito nacional a constar do RGICSF, em a transposição do artigo 44a, na redação a ela dada pela BRRDII, advogado pelo BdO, no sentido de nela fazendo abranger, não só as situações de IF colocados junto de investidores não profissionais, como também junto de investidores profissionais, encerra um claro desvio às opções conferidas pela Diretiva aos Estados-Membros (já que o regime da Diretiva se dirige apenas a investidores não profissionais);
- (ii) A invocação, pelo Banco de Portugal, de que tal opção de alargamento do âmbito subjetivo de aplicação da norma *vis-a-vis* o regime da Diretiva será a que melhor permite acautelar o risco de colocação de instrumentos elegíveis no retalho não é perfilhada pelo setor bancário, representando pela APB, por duas ordens de razões. Desde logo, porque a Diretiva não procura vedar o investimento de investidores não profissionais nestes

instrumentos; apenas pretende, *isso sim*, obviar a que estes últimos se exponham *excessivamente* a estes instrumentos (cfr. Considerando 16 da BRRDII). Acresce que as regras em vigor sobre governação do produto determinam que as ofertas dirigidas a investidores profissionais se mantêm na titularidade destes, por ser essa a delimitação do correspondente público-alvo.

- (iii) **Também em matéria de avaliação de adequação, na sua vertente de “suitability”,** não nos é possível concordar com o BdP, considerando que, também aqui, se propõem requisitos de avaliação de adequação para a aquisição destes instrumentos que não estão alinhados, nem decorrem:
- a. Quer do regime da BRRD II, conforme, aliás, o próprio BdP reconhece (“*É importante notar que o artigo 44.º-A da BRRD consagra uma opção aos Estados Membros, mas que é consubstanciada numa alternativa: ou os Estados Membros transpõem e fazem observar os exigentes deveres de informação e avaliação previstos nos n.ºs 1 a 4 (e que não se confundem com os deveres já previstos na Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros) ou preveem uma denominação mínima aos instrumentos financeiros (n.º 5). A própria Comissão Europeia clarificou expressamente que os n.ºs 1 a 4 são alternativos e nunca cumulativos em relação ao n.º 5*);
 - b. Quer do regime da DMIF II (artigo 25.º/2) ou do Código dos Valores Mobiliários - CVM (cfr. artigo 314.º A), que limita a realização de testes de adequação, na vertente prevista neste último artigo do CVM (“*suitability*”, em vez de “*appropriateness*”), à prestação de serviços de consultoria para investimento e de gestão de carteiras.
- (iv) Na perspetiva dos investidores profissionais, o estabelecimento, *à outrance*, de exigências adicionais quanto ao valor nominal mínimo de instrumentos financeiros representa um fator penalizador, que limita o leque de opções que lhes estão disponíveis, afetando a liquidez dos mercados de valores mobiliários em questão, podendo, no limite, prejudicar o êxito da sua colocação em mercado.
- (v) A exigência de uma menção expressa, no texto da lei, à “emissão” dos IF, e à explicita previsão de que as exigências legais em matéria de valor nominal mínimo também têm que ser observadas na emissão, não nos parece, em si, constituir uma questão crítica, na medida em que o valor nominal mínimo das emissões é definido aquando da emissão dos títulos, e não *à posteriori*. Nesse sentido, não se vislumbram inconvenientes na adoção da proposta do BdP quanto a este ponto concreto, estando esta alinhada com o entendimento da Comissão Europeia.

- (vi) No que toca já ao valor a considerar – *50.000 Euros ou superior, como sugere o Banco de Portugal* -, não nos é possível acompanhar a posição, sustentada no Parecer, de que a segunda opção seria a mais adequada atentas as práticas de mercado observadas. Com efeito, estas, pelo seu carácter mutável, não devem impor-se ao mínimo que está definido na Diretiva, independentemente do facto do valor hoje praticado no mercado poder ser superior ao que está previsto na Lei. De resto, as características, atuais e perspetivadas, do nosso mercado (nomeadamente, em termos de dimensão e liquidez) justificam particular cautela neste domínio.
- (vii) Acrescerá que, do exercício de *benchmarking* realizado pela APB, foi possível identificar, pelo menos, dois mercados europeus de elevada relevância (designadamente, pelo número de potenciais emitentes e de emissões) – França e Alemanha –, em que a transposição do regime, constante do artigo 44.º A da BRRD, se concretizou através da consagração, nas leis nacionais, de valores de denominação mínima dos instrumentos inferiores aos propostos pelo BdP, e, como tal, em linha com a Proposta de Lei, apresentada pelo Governo. A Proposta de Lei, também quanto a este ponto, se encontra, assim, totalmente alinhada com o Direito da União e com as soluções genericamente adotadas, nesta matéria, noutros Estados Europeus.

- **Art. 85.º-A – Informação ao Banco de Portugal.**

O Artigo 85.º-A do RGICSF versa sobre informação a disponibilizar ao Banco de Portugal no âmbito do crédito a membros dos órgãos sociais (Artigo 85.º) do Capítulo IV – Conflitos de Interesses.

O Parecer do BdP, quanto à informação a prestar relativamente a financiamentos a partes relacionadas, propõe o alargamento do âmbito do conceito de “partes relacionadas” face ao âmbito que esta apresenta nos termos e para os efeitos da CRD – cfr. artigo 88.º, n.º 1 da Diretiva -, de forma a nele incluir os “afins” em 1º grau, bem ainda outras entidades nos termos estabelecidos pelo próprio BdP em regulamentação própria, em concreto, no artigo 33.º, n.º 3 do Aviso 3/2020.

A solução proposta pelo BdP, ao se traduzir em claro *goldplating*, sem que se alcancem os fundamentos de tal opção desviante face ao regime da Diretiva, suscita preocupação. Em concreto, a introdução de uma norma habilitante “aberta”, conferindo ao supervisor o poder para emitir ainda mais regulamentação, afigura-se como geradora de incerteza jurídica, bem como de um quadro imprevisibilidade quanto à evolução do regime aplicável, suscitando ainda

complexidade e acarretando custos de cumprimento adicionais, sem que se fundamentem ou explicitem os eventuais ganhos que, com este *goldplating*, se pretende alcançar.

III.B. Comentários relativos a temas adicionais suscitados pelo BdP e não resultantes do processo de transposição

Estabelecimento de prazos legais relativamente a procedimentos administrativos

Através das alterações sugeridas relativamente aos artigos 23.º (*Competência e forma da revogação*), 30.º-C (*Recusa e Revogação da autorização*), 106.º (*Inibição por motivos supervenientes*) e 174.º-A (*Regime das Sociedades financeiras*), vem o BdP propor que se proceda à alteração do prazo legal de decisão de procedimentos administrativos, que considera de risco jurídico particularmente elevado, invocando que, presentemente, dispõe de prazos de decisão muito reduzidos e contingentes para a aplicação de medidas de *enforcement* não sancionatório, que se podem afigurar essenciais para assegurar a gestão sã e prudente das instituições e a estabilidade financeira.

O BdP propõe que o prazo que lhe é concedido seja alargado para um prazo de um ano, com possibilidade de suspensão, esclarecendo que, aplicando-se hoje o regime do Código do Procedimento Administrativo, dispõe apenas de um prazo de 120 dias ou 90 dias (úteis) para tomar uma decisão, consoante esteja em causa um procedimento de natureza oficiosa ou de natureza particular.

Estas propostas suscitam, contudo, preocupação, junto do setor bancário representado pela APB, por duas ordens de razões.

Primeira, porque configuram alterações relevantes aos direitos e garantias dos supervisionados que, como tal, carecem de adequada ponderação e debate público, não se afigurando a realização de tais tarefas compatíveis com o atual processo de transposição das Diretivas.

Acresce que, numa segunda ordem razões – *não menos importante* - que, ao se pretender consagrar prazos muito mais longos para a tomada de decisão pelo supervisor, se estará, na prática, a perpetuar situações jurídicas de indefinição para os visados administrados, contrárias à promoção de uma supervisão eficaz, e, por isso, célere, não se vislumbrando ainda motivos para um desvio tão significativo de prazos face ao regime regra do Código do Procedimento Administrativo.

Na realidade, importa ter presente que os prazos em causa se inserem num quadro normativo que tem, como um dos seus propósitos mais relevantes, assegurar adequadas garantias aos

administrados, definindo um equilíbrio na ponderação de interesses¹, que deve ser respeitado pelas entidades dotadas dos poderes administrativos relevantes, sem desvios significativos, decorrentes da sua mera conveniência.

Importa ainda considerar a gravidade das medidas em causa, os seus impactos na esfera dos administrados e as vias de reação admissíveis, aspetos que também concorrem no sentido de se exigir que a sua eventual aplicação seja decidida com celeridade, sem dar lugar a períodos de indefinição longos, esses sim, reconhecidamente suscetíveis de afetar a gestão e a estabilidade financeira das instituições e a sua estabilidade financeira.

Procedimentos de supervisão (princípio da oportunidade)

Ainda que não resultando do processo de transposição das Diretivas, a Proposta do Governo vem introduzir algumas alterações ao artigo 116.º (*Procedimentos de Supervisão*), introduzindo o princípio da oportunidade, o qual confere ao BdP a faculdade de optar por procedimentos de caráter não sancionatório, que consideramos de especial relevância.

Divergindo da opção constante da Proposta de Lei, no seu Parecer, o BdP sugere manter a atual redação do artigo 116.º do RGICSF, deslocando os n.ºs 3 a 6 daquele, tal como constantes da Proposta de Lei, para uma nova norma - Art. 209.º-A, com a epígrafe de “Sanação de irregularidades e não instauração de processo”, inserida no capítulo das Sanções. Com tal proposta de alteração, o BdP coloca, assim, o princípio da oportunidade exclusivamente na fase do processo sancionatório.

Conforme resulta dos comentários iniciais da APB à Proposta de Lei, remetidos no passado dia 5 de setembro, entende-se, contudo, como mais adequada a consagração do princípio da oportunidade quer na fase de exercício de poderes de supervisão, quer na fase sancionatória, tendo ainda se sugerido a consagração, neste âmbito, de um verdadeiro “poder-dever” do supervisor (cfr. propostas de redação concretas nesse sentido, apresentadas com referência aos artigos 116.º e 205.º-A).

Na realidade, a reflexão sobre a relevância de se introduzir/potenciar o princípio da oportunidade, nos quadros legais que regem a supervisão do setor financeiro, vem sendo feita há já algum tempo, inclusivamente pelos próprios supervisores (*vide* designadamente as Recomendações 7 e 11 da [“Síntese das principais conclusões e recomendações do Grupo de](#)

¹ Já na “Resposta da Associação Portuguesa de Bancos (APB) à Consulta Pública do Anteprojeto de Código de Atividade Bancária”, de dezembro de 2020, se alertava para a preocupação do sector com a calibração dos poderes de supervisão e se recomendava “*um equilíbrio de posições relativas entre supervisor e supervisionados – v.g., no governance, nos prazos de defesa e de resposta conferidos aos supervisionados, nos prazos de resposta do supervisor... Tal reequilíbrio afigura-se essencial para obter decisões informadas e em tempo compatível com o regular funcionamento da instituição, bem como para assegurar o efetivo recurso a instâncias de impugnação.*” (págs. 2 e 3).

[Trabalho sobre preparação de processos sancionatórios](#)” do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros), ao que acresce que, mesmo no ordenamento nacional, na área da supervisão, já existem manifestações importantes deste princípio, consagradas em termos abrangentes, como é o caso do artigo 7.º do regime jurídico da concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Fit & Proper

Retomando algumas das soluções constantes do Anteprojeto de Código da Atividade Bancária em matéria de avaliação da adequação (“*fit & proper*”) dos membros dos órgãos de administração e fiscalização (MOAF), que não relevam do processo de transposição, no seu Parecer, o BdP apresenta ainda um conjunto adicional de propostas, no essencial, dirigidas à (i) densificação dos requisitos de adequação; (ii) extensão dos prazos de decisão do supervisor para efeitos de avaliação dos MOAF e (iii) introdução de um regime simplificado de avaliação em caso de recondução de mandatos por parte dos MOAF.

São, assim, propostas alterações aos artigos 30.º-A (*Avaliação pelas instituições de crédito*), 30.º-B (*Avaliação pelo Banco de Portugal*), 30.º-D (*Idoneidade*), 31.º (*Qualificação profissional*), 31.º-A (*Independência*), 32.º (*Falta de adequação superveniente*) e 32.º-A (*Suspensão provisória de funções*).

Esta matéria reclama, também na perspetiva da indústria financeira, uma revisitação global, que permita que o regime nacional compare favoravelmente com os demais Estados Europeus.

As alterações concretamente propostas pelo BdP não nos parecem, contudo, alinhadas com as melhores soluções adotadas noutros Estados-Membros nesta matéria.

Assim, e no que toca ao **prazo de avaliação**, as propostas constantes do Parecer – substituição do atual prazo de 30 dias, que se interrompe a cada pedido adicional efetuado pelo supervisor ao Banco (que espoleta, por isso, a cada pedido do supervisor, a recontagem de *novo prazo* de 30 dias) – não permitirão, *antes agravarão*, desacompanhados de outras alterações legais, a atual situação de pendência dos processos para decisão do supervisor (que apresentarão, já hoje, uma duração média entre 6 e 9 meses). Nesse sentido, a alteração do atual regime, caso seja efetuada neste âmbito – nunca deverá aumentar prazos, mas antes assegurar a redução dos prazos máximos de apreciação dos processos, alinhando-o com o regime previsto noutros Estados, estabelecendo-se, assim, nesse âmbito, um prazo máximo de decisão de 2/3 meses (i.e., desde a data da apresentação da candidatura até à decisão final, independentemente dos pedidos adicionais efetuados pelos supervisores).

Por seu turno, e que no toca à introdução de um **processo simplificado em caso de recondução de MOAF**, embora, em termos gerais, a introdução de um processo simplificado corresponda a uma pretensão já anteriormente manifestada pelo setor, nomeadamente durante a discussão do anteprojeto CAB, parece-nos que este não deverá ser configurado nos termos agora propostos pelo BdP², mas antes nos termos anteriormente apresentados pelo BdP, constantes do Anteprojeto, na sua versão revista após o processo de consulta pública a que aquele foi submetido (i.e., dispensando-se sempre *ope legis* a reavaliação da adequação dos MOAF, pelo supervisor, aquando da recondução, total ou parcial, dos MOAF, nas situações em que não haja alteração relevante de funções, não sendo ainda reavaliada a idoneidade dos candidatos, mesmo nas situações em que a recondução seja acompanhada de uma alteração relevante de funções, como sucede, de resto, em Espanha).

Por último, e no que toca à **densificação dos requisitos de adequação**, esta parece-nos, de todo, desaconselhável, não só por cristalizar na lei (“nível 1”) concretas soluções que a nível europeu são concretizadas em *Guidelines* (“normas de nível 3”), que, como tal, são frequentemente alteradas/ajustadas, como também porque as concretas soluções, propostas pelo BdP no seu Parecer, evidenciam alguns desvios face às referidas normas europeias de nível 3 (atente-se, a título exemplificativo, nas diferenças entre o regime proposto no artigo 133.º em matéria de idoneidade *versus* o regime constante das *Guidelines* europeias, atualmente em vigor sobre esta matéria). Reitere-se: a excessiva densificação de alguns conceitos – idoneidade, independência de espírito - em linha com o anteprojeto do CAB, é considerada como um ponto crítico, pela APB. A título de exemplo, a CRD remete a densificação do conceito de independência de espírito para Orientações da Autoridade Bancária Europeia, devendo ser evitado promover e cristalizar esse conceito, de conteúdo evolutivo, em letra de lei.

Refira-se ainda que alguns aspetos do regime de avaliação de adequação encontram-se atualmente em discussão no quadro da Proposta de CRD VI, recentemente apresentada pela Comissão Europeia, pelo que, ao consagrar novas soluções neste âmbito, estas poderão, num futuro próximo, revelar-se dissonantes face a um eventual quadro europeu harmonizado.

Em suma, sem prejuízo de se poder visitar o atual prazo de decisão do supervisor (encurtando-o, que não alargando-o) e de se introduzir um regime simplificado de avaliação pelo supervisor em caso de recondução de MOAF (em moldes semelhantes aos anteriormente proposta pelo BdP, constante do Anteprojeto de CAB, após consulta pública), parece-nos claro que este tema reclama, em termos gerais, uma reflexão e discussão aprofundadas, não devendo ser consideradas na Proposta de Lei em apreço soluções, como as constantes do Parecer do BdP em

² O regime previsto, ao alicerçar a simplificação do processo numa eventual decisão de dispensa de apresentação do pedido de avaliação ao supervisor, sem que se identifiquem os concretos critérios que condicionam a atribuição da dispensa ou os prazos deste procedimento, não asseguram a pretendida agilidade e certeza jurídica.

matéria de prazos ou densificação de requisitos, sob pena de se cristalizar, na lei nacional, soluções que se podem revelar contrárias ou dissonantes relativamente ao texto final da CRD VI, ainda em negociação, bem como desviantes face ao quadro europeu.

Tal reflexão e discussão aprofundadas deverão – parece-nos – assegurar que o regime do processo de “*fit & proper*” se norteia por um conjunto de princípios, a saber:

- (i) *Transparência* - quer quanto à forma como o processo é conduzido, quer quanto aos critérios de avaliação efetivamente aplicados, quer ainda quanto aos tempos de duração deste;
- (ii) *Independência* - os processos deverão contar com “*external expertise*”, os avaliadores internos deverão ter um grau de senioridade adequado, deverá ser assegurada uma segregação de funções entre as equipas que avaliam os candidatos e as que supervisionam as Instituições, bem como entre as que preparam as decisões e as que as tomam;
- (iii) *Certeza e proteção jurídica* - aos intervenientes no processo - Instituições e candidatos -, devendo estes ter conhecimento sobre a fase atual do processo, bem como a data expectável da sua conclusão, sendo-lhe ainda asseguradas instancias internas de apelo.

À luz destes princípios estruturantes, e sem prejuízo das perspetivas de evolução do quadro legal europeu aplicável nesta matéria, considera-se que seria, já hoje, possível/desejável introduzir alguns ajustamentos nos processos de “*fit & proper*” que permitissem melhor adequá-los aos objetivos que se lhe encontram subjacentes³.

³ V.g. (i) Assegurar que o supervisor se pronuncia, logo numa fase preliminar, quanto à completude do processo e identifica, desde logo (i.e., nos 15/20 dias posteriores à apresentação da candidatura), eventuais desconformidades ou insuficiências, de forma a que a análise do processo se inicie com um dossier completo em termos formais. Os pedidos de informação e esclarecimentos adicionais deveriam, assim, ser concentrados num único pedido, o mais completo, detalhado e preciso possível. O intuito seria o de evitar sucessivos pedidos de informação, com as correspondentes recontagens do prazo de análise do processo; (ii) Que antes de ser tomada uma decisão final, fosse comunicada e fundamentada, por escrito, uma proposta de decisão, relativamente à qual a Instituição/candidato se pudessem pronunciar, consagrando, assim, uma maior participação dos interessados; (iii) Que fosse sempre assegurado o nível de senioridade dos analistas dos processos (poderiam ser eventualmente replicadas as soluções, existentes noutros Estados, de criação da figura do “Senior advisor function”); (iv) que fosse assegurada uma segregação de funções entre as equipas que avaliam os candidatos e as que supervisionam as Instituições, e entre as que preparam as decisões e as que as tomam.

III – Comentários Gerais ao Parecer da AdC

Nos Comentários enviados à Assembleia da República, com referência à presente Proposta de Lei, a AdC propõe a revogação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 87.º do RGICSF, i.e., da norma, de aplicação setorial, que prevê uma presunção de justificação (licitude/conformidade) dos acordos entre Bancos para realização de operações de colocação sindicada de instrumentos e de financiamento, descritas naquelas normas. Tal norma estabelece uma presunção elidível (desde logo, pelo supervisor AdC) de que não se consideram práticas restritivas da concorrência os acordos nela descritos, desde que “legítimos” e desde que sejam salvaguardados os “bons usos da respetiva atividade, nomeadamente no que respeite às circunstâncias de risco ou solvabilidade”⁴.

Note-se que esta norma reflete, desde 1993, uma ponderação legislativa equilibrada, refletindo uma realidade económica dos mercados de emissão e colocação de dívida, em que a atuação sindicada serve benefícios legitimamente prosseguidos, traduzindo um serviço relevante para determinados segmentos de mutuários mais sofisticados (desde logo, institucionais, cotadas e Estado) e relativamente ao qual deverá, em abstrato, considerar-se não restritiva da concorrência (nesse sentido, Óskarsdóttir (2018) e Bergqvist (2021)).

Atento o enquadramento desta matéria, também à luz do Direito Bancário, gostaria a APB de sublinhar o seguinte:

- A. A proposta de intervenção legislativa da AdC não se fundamenta em qualquer argumento económico ou jurídico, não derivando de qualquer atuação (conhecida) do supervisor, no sentido de apurar, conhecer, avaliar e escrutinar práticas concretas observadas no nosso mercado;
- B. As atuais normas do RGICSF, pretendidas revogar, vigentes há décadas, traduzem uma ponderação político legislativa equilibrada e que acautela todos os interesses relevantes, considerando que:
 - a. por um lado, reconhecem a natureza habitual e os benefícios e utilidade, objetivamente comprovada, da colocação sindicada e dos usos e práticas adotada na mesma, consagrando uma presunção abstrata de conformidade

⁴ Nos termos destas duas normas, “*Não se consideram restritivos da concorrência os acordos legítimos entre instituições de crédito e as práticas concertadas que tenham por objeto as operações seguintes: a) Participação em emissões e colocações de valores mobiliários ou instrumentos equiparados; b) Concessão de créditos ou outros apoios financeiros de elevado montante a uma empresa ou a um conjunto de empresas*”. Nos termos no seu n.º 3, “*Na aplicação da legislação da defesa da concorrência às instituições de crédito e suas associações empresariais ter-se-ão sempre em conta os bons usos da respetiva atividade, nomeadamente no que respeite às circunstâncias de risco ou solvabilidade*”.

- jusconcorrencial das mesmas, desde que verificados determinados pressupostos – a norma não implica (nem garante) que toda e qualquer conduta subsumível à referida norma é, em qualquer circunstância, insindicável pelo supervisor;
- b. por outro lado, a sua redação, em nada impede o supervisor de exercer todas as suas competências estatutárias no sentido de investigar práticas e condutas observadas ao abrigo daquela norma e verificar se as mesmas estão ou não em conformidade com a Lei da Concorrência (em especial, com os seus artigos 9 e 10.º);
- C. A opção da sua eliminação introduziria um vazio normativo, criando incerteza e risco jurídico prejudicial ao normal funcionamento da atividade bancária, com claro desfavor para financiadores e financiados;
- D. A norma em apreço rege uma realidade específica do nosso mercado, caracterizada pela atuação de agentes sofisticados e conhecedores (cotadas e Estado, desde logo), em que o risco de assimetria de informação é reduzido. A esta luz, intervenções legislativas desta natureza jamais dispensarão um diálogo participado, um conhecimento prévio da realidade de mercado e uma caracterização mínima da realidade do segmento e do contexto em que estes serviços são prestados pelos Bancos em Portugal, permitindo identificar medidas úteis, necessárias e, até, construir “espaços de diálogo” entre “supervisores-indústria-empresas” (permitindo identificar, não apenas boas práticas de promoção e salvaguarda da concorrência, mas igualmente promover e dinamizar a colocação sindicada);
- E. O recente estudo da Comissão Europeia sobre este tema - cfr. *“EU loan syndication and its impact on competition in credit markets”*- aponta, precisamente, no sentido de melhor identificar riscos existentes no plano de acordos e atuações de operadores no âmbito de colocações sindicadas, constituindo um referencial para supervisores e supervisionados. Este estudo não propõe qualquer intervenção legislativa ou regulatória, antes constituindo uma peça relevante para que os supervisores nacionais procurem melhor conhecer os seus mercados, a realidade da atuação e das condutas e práticas contratuais verificadas nos seus ordenamentos e, com base nessa atuação prévia, exerçam os seus poderes investigatórios e eventualmente sancionatórios.

Em suma, o regime previsto nos n.º 2 e 3 do artigo 87.º do RGICSF, ao reconhecer que a colocação sindicada de valores mobiliários/instrumentos financeiros e de financiamento não constitui, abstratamente, uma prática restritiva da concorrência (*mas antes uma prática de*

mercado que tem plena justificação económica e que apresenta enormes sinergias positivas para o lado da procura), continua a apresentar plena atualidade, sendo certo que, como decorre da norma, esta (prática) não dispensa uma análise concreta quanto à sua “legitimidade” à luz, entre outros, das regras do Direito da União e das normas nacionais, vigentes em matéria de Direito da Concorrência.

* * *