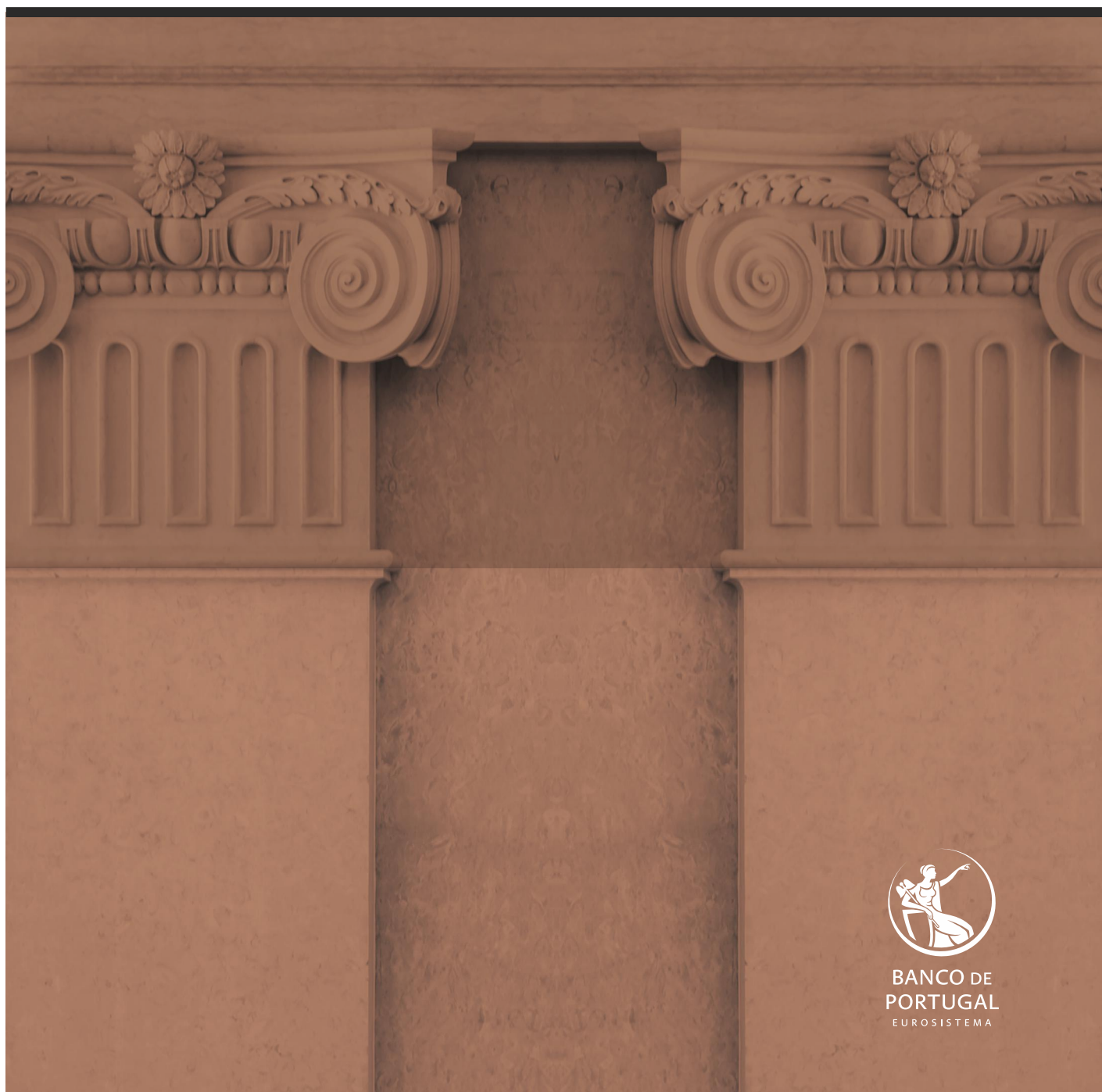


03

CADERNOS
JURÍDICOS



BANCO DE
PORTUGAL
EUROSISTEMA

3

CADERNOS JURÍDICOS

JULHO 2021

As opiniões expressas neste artigo são da responsabilidade do(s) autor(es), não coincidindo necessariamente com as do Banco de Portugal ou do Eurosistema. Eventuais erros ou omissões são da exclusiva responsabilidade do(s) autor(es).



BANCO DE PORTUGAL
EUROSISTEMA

Lisboa, 2021 • www.bportugal.pt

Índice

Nota de abertura | 5

1 Parecer relativo à medida de resolução aplicada ao Banco Espírito Santo, S. A. e respetivo enquadramento legal | 7

CONSULTA | 7

PARECER | 9

I O contexto jurídico-normativo da medida de resolução do BES | 9

II A reserva de lei parlamentar | 12

III As questões | 20

IV Conclusões | 55

2 Regulating crypto-assets in the European Union: Is assigning the supervision of significant crypto-assets to the EBA the most effective solution? | 59

I Introduction | 59

II Is the supervision of significant asset-referenced and e-money tokens by the EBA the most effective solution? | 60

III Conclusion | 71

IV Bibliography | 72

3 Comentário ao Acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional português: o controlo da “constitucionalidade” do direito da União Europeia | 74

I Introdução | 74

II O enquadramento factual e jurídico do recurso | 75

III O acórdão | 77

IV Comentário | 87

Nota de abertura

É com grande satisfação que se procede à divulgação do terceiro número dos *Cadernos Jurídicos* do Banco de Portugal, dando, assim, continuidade ao compromisso institucional de difusão de conhecimento e de estudos jurídicos em matérias atinentes à atividade bancária e financeira.

À semelhança dos números anteriores, procurou-se na presente publicação assegurar a diversidade de conteúdos e das matérias temáticas tratadas, dando desse modo expressão às diferentes áreas de atuação do Banco de Portugal e ao contexto globalizado em que o mesmo se insere.

Assim, o presente número procede à publicação de um parecer jurídico em matéria de resolução bancária, de um artigo científico relativo à regulação a nível europeu dos criptoativos e, ainda, à anotação a um acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional Português.

O parecer jurídico que ora se publica, elaborado pelo Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra José Carlos Vieira de Andrade, retoma a análise da temática da resolução bancária, que tantas questões de interesse e de relevo jurídico tem suscitado. Em particular, o parecer debruça-se sobre a questão da conformidade da medida de resolução aplicada em 2014 ao Banco Espírito Santo, S.A., bem como do quadro legal em matéria de resolução que à data vigorava, com as normas e princípios constantes da Constituição da República Portuguesa.

Segue-se o artigo – extremamente oportuno – da autoria de Dra. Gisela Fonseca, que integra os quadros do Departamento de Serviços Jurídicos (DJU), que se debruça sobre a proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos mercados de criptoativos, apresentada no contexto do pacote Financiamento Digital, o qual analisa a bondade da opção de atribuir à Autoridade Bancária Europeia a competência para exercer a supervisão de criptoativos significativos e apresenta pistas para uma possível melhoria da proposta legislativa em causa.

O presente número termina com um comentário, do Doutor Luís Barroso, igualmente dos quadros do DJU, ao inovador e relevante acórdão proferido em 1 de julho de 2020 pelo Tribunal Constitucional, nos termos do qual se parametriza a relação entre a ordem jurídica da União Europeia e o direito constitucional nacional, um tema sempre da maior importância.

Na expectativa de que o presente número continue a captar o interesse dos seus destinatários e de que por esta via os *Cadernos Jurídicos* contribuam para a difusão e o debate dos assuntos jurídicos, apresento, a todos, votos de boa leitura!

Luís Máximo dos Santos

Vice-Governador do Banco de Portugal

1 Parecer relativo à medida de resolução aplicada ao Banco Espírito Santo, S. A. e respetivo enquadramento legal

José Carlos Vieira de Andrade^{1,2}

Abstract

This legal opinion assesses several issues of constitutionality both of a substantive and statutory nature raised in legal proceedings challenging the decision of the Board of Directors of the Banco de Portugal issued on 3 August 2014, which determined the resolution of Banco Espírito Santo, S.A. in the form of a transfer of its activity to a bridge bank, Novo Banco, S.A.

In an initial assessment of the applicable legal framework, the Author puts the banking resolution regime into context in legal and regulatory terms, beginning by analysing the transposition of the framework applicable to resolution measures arising from European law into Portuguese law, then framing the banking resolution regime in light of the Parliament's exclusive right to legislate.

The legal opinion then assesses the compatibility of concrete aspects of the banking resolution regime with the rules and principles enshrined in the Constitution of the Portuguese Republic, concluding that there is no substantive or statutory unconstitutionality and, in particular, that the decision in which the Banco de Portugal determined the resolution of Banco Espírito Santo, S.A. does not infringe the principle of proportionality.

CONSULTA

O Banco de Portugal ("BdP"), enquanto autoridade de resolução, determinou, através da Deliberação de 3 de Agosto de 2014 ("Deliberação de Resolução"), a resolução do Banco Espírito Santo, SA (BES), na modalidade de transferência da sua actividade para um banco de transição (Novo Banco, S.A.), nos termos da alínea b) do artigo 145.º-C do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras ("RGICSF"), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, na sua redacção actualizada.

Foram suscitadas em vários processos judiciais instaurados contra a Deliberação de Resolução diferentes questões de inconstitucionalidade (material e orgânica) desse quadro legal no qual o BdP fundou a sua actuação.

¹ Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

² O autor escreve segundo o antigo Acordo Ortográfico.

Assim, pretende-se obter parecer jurídico sobre as seguintes questões:

- 1.** O Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, que alterou os artigos 145.º-B, 145.º-F, 145.º-H, 145.º-I, 153.º-M, 155.º e 211.º do RGICSF, padece de inconstitucionalidade orgânica por violação da alínea b) do artigo 165.º, n.º 1, da CRP?
- 2.** Ao aditar o artigo 145.º-H, n.º 1, do RGICSF (norma que deverá ser lida à luz dos artigos 145.º-A e 145.º-B) sem ter supostamente densificado os critérios que devem presidir à selecção pelo BdP, das responsabilidades que devam ou não ser transferidas na sequência da aplicação de uma medida de resolução, é o Decreto-Lei n.º 31-A/2012 inconstitucional por violar o princípio da reserva de lei parlamentar, por estar em causa legislação que incide sobre matéria de direitos fundamentais?
- 3.** O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que alterou o RGICSF, padece de inconstitucionalidade orgânica (ou de ilegalidade qualificada), em especial no que diz respeito aos n.ºs 2 e 3 do artigo 145.º-H, por alegadamente exceder o âmbito de autorização legislativa presente na Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro?
- 4.** A Lei n.º 58/2011 é inconstitucional por desrespeitar as exigências de densificação e de determinabilidade que devem estar presentes nas leis de autorização legislativa?
- 5.** Pelo facto de não prever um mecanismo indemnizatório para os accionistas na sequência da aplicação de uma medida de resolução, o RGICSF (ou, em especial, o artigo 145.º-I, n.º 4, do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, e mantido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto) viola o disposto no artigo 62.º, n.º 2, da C.R.P.?
- 6.** Ao dispensar, no âmbito da resolução de uma instituição de crédito, um tratamento distinto aos interesses dos credores e aos dos accionistas do banco resolvido, o artigo 145.º-B do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, é inconstitucional por violação do princípio da igualdade e por não ter o carácter geral e abstracto que devem assumir as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias?
- 7.** Por não aplicar aos accionistas a cláusula de salvaguarda prevista para os credores na Directiva 2014/59/UE (cujo prazo de transposição para a legislação dos Estados-membros terminava a 31 de Dezembro de 2014), e sujeitando aqueles a um regime comparativamente mais gravoso, o artigo 145.º-B do RGICSF – introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, esclarecendo e adaptando o disposto na correspondente versão do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro – é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP?
- 8.** Por terem surgido na sequência de uma “repentina”, e apenas parcial, transposição da referida directiva europeia – dando desse modo origem a um regime comparativamente mais gravoso para os accionistas do que para os credores –, os artigos 145.º-B, 145.º-F, 145.º-H, 145.º-I, 153.º-M, 155.º e 211.º do RGICSF, na versão do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, são inconstitucionais por violação dos princípios do Estado de Direito e da protecção da confiança?
- 9.** A deliberação de Resolução é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito, por, alegadamente, o Banco de Portugal poder e dever ter proferido uma medida de intervenção correctiva (qualquer uma das medidas elencadas no artigo 141.º do RGICSF) menos danosa para o BES?

PARECER

A resposta às questões formuladas, que têm por base diversos processos judiciais instaurados contra a Deliberação de Resolução, pressupõe que, primeiramente, se faça um breve enquadramento jurídico-normativo da Deliberação tomada pelo Conselho de Administração do Banco de Portugal em 3 de Agosto de 2014 relativamente ao Banco Espírito Santo, S.A (de ora em diante designada abreviadamente como “Medida de Resolução do BES”).

Por outro lado, a importância central dos argumentos de inconstitucionalidade normativa invocados em várias questões justifica que se faça uma reflexão prévia sobre o entendimento actual do princípio da reserva da lei parlamentar e o seu significado e alcance, em especial numa matéria económica decisivamente regulada pelo direito europeu.

I O CONTEXTO JURÍDICO-NORMATIVO DA MEDIDA DE RESOLUÇÃO DO BES

A liberalização dos serviços financeiros e a criação do espaço europeu integrado de serviços financeiros pressupôs, também, a criação de instituições – autoridades reguladoras – e instrumentos aptos a regular o mercado e corrigir de forma eficaz e em tempo adequado as respectivas falhas. Incluem-se neste universo de instrumentos não só as normas jurídicas em matéria de protecção de depositantes, investidores, segurados e outros “consumidores de bens e serviços financeiros”, mas também aquelas que visam salvaguardar a segurança e solidez do sistema financeiro e prevenir as situações de risco sistémico e crise sistémica.

É neste contexto que se inscrevem as medidas previstas no Título VIII do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, e, entretanto, sujeito a diversas actualizações), designadamente, a intervenção correctiva e administração provisória (artigos 141.º a 145.º-B) e a resolução (artigos 145.º-C a 145.º-AU).

As questões que nos são formuladas no presente parecer não contendem directamente com o regime jurídico destes institutos do direito da regulação bancária e financeira, mas antes com aspectos da sua incorporação no ordenamento jurídico nacional. Por essa razão, respeitando a economia deste estudo, não iremos discorrer sobre o conteúdo genérico dessas medidas, mas sim sobre os procedimentos e as formas pelas quais as mesmas foram introduzidas entre nós, assim como a liberdade de conformação exercida pelo legislador na transposição para o ordenamento jurídico nacional das soluções impostas pelo direito europeu, para, finalmente, analisarmos, do ponto vista jurídico-constitucional, a respectiva conformidade formal, procedimental, orgânica e também material.

1. No momento em que Portugal solicitou *assistência financeira* à União Europeia, Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Central Europeu (BCE), já se discutia, no plano internacional e europeu, a *revisão dos poderes das autoridades reguladoras financeiras* para combater os problemas do risco sistémico (preservando as suas funções de importância sistémica, *maxime* o acesso ao financiamento, e de importância crítica, como assegurar o acesso aos depósitos e às operações de pagamento, mesmo em situações precárias ou de insolvência) e para minorar os efeitos perniciosos para a economia, as finanças públicas e para os

contribuintes, das operações de *bail-out* às instituições financeiras, típicas das liquidações no âmbito dos processos normais de insolvência, ou mesmo segundo o regime de “resolução” previsto nos EUA desde 1930³.

Com efeito, o “mecanismo de resolução europeu”, aprovado pela Directiva 2014/59/UE do Parlamento e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, mais não faz do que procurar introduzir no sistema financeiro europeu um regime de harmonização para lidar com o risco de insolvência das instituições financeiras. Um regime que não é original, pois trata-se de consagrar juridicamente os novos princípios materiais da regulação deste sector, assentes, neste aspecto particular, num “regime especial de insolvência” para estas instituições, apto a neutralizar os impactos negativos daquela situação nas funções de importância crítica e sistémica destas entidades, assim como de instituir instrumentos de regulação preventiva.⁴

No essencial, as *orientações da regulação*, concebidas nos EUA após a crise de 1930, e entretanto adoptadas pelo Reino Unido e pela Alemanha, em 2009 e 2010, para neutralizar o risco sistémico assentavam nos seguintes pressupostos: i) criar instrumentos céleres de actuação em caso de insolvência iminente (é o caso da *resolução* propriamente dita, que permite uma intervenção na instituição contra a vontade dos accionistas para “isolar” os activos positivos – como os depósitos, e recolocá-los no sistema financeiro, de forma imediata ou diferida com recurso a uma “instituição-transitória” – dos activos negativos – que são conservados na instituição a liquidar e progressivamente liquidados –, mas sem causar qualquer impacto no sistema financeiro)⁵.

A estas *medidas de regulação anti-crise sistémica*, juntaram-se, no novo regime europeu, *medidas de regulação preventiva*, conhecidas nos Estados Unidos como mecanismos de resolução de segunda geração, que surgiram após a crise de 2007-2009 com o intuito de prevenir as insolvências das instituições financeiras (em especial as insolvências inesperadas) e reduzir o risco de contágio aos orçamentos públicos (aos contribuintes) nos casos em que as mesmas fiquem em situações financeiras precárias. Medidas que consistem em criar instrumentos para uma intervenção reguladora preventiva (ex. relatórios obrigatórios de planeamento do risco e de cenários de resolução). Igualmente no âmbito destas medidas regulatórias de segunda geração, mas agora por inspiração dos regimes britânico, adoptado em 2009 (*Banking Act 2009*), e suíço, adoptado em 2011-2013, incluem-se as soluções alternativas ao financiamento público da resolução, ou seja, substituir mecanismos de *bail-out* (intervenção com dinheiros públicos para recuperar a solvabilidade da instituição) por mecanismos de *bail-in*, em que accionistas e credores respondem pelos prejuízos, em medidas diversas, mas não discriminatórias, impondo-se ainda o limite do princípio no *creditor worse off* (ou seja, nenhum accionista ou credor pode sofrer perdas com a resolução superiores àquelas que sofreria com a liquidação)⁶. Na mesma linha, e também por inspiração britânica, surge ainda a constituição de instrumentos financeiros (fundos), financiados por tributos especiais exigidos aos operadores financeiros regulados, que

³ Cf. Directorate General for Internal Policies Policy Department A: Economic and Scientific Policies Economic and Monetary Affairs, *Bank Resolution Regimes. Draft Briefing Note*, IP/A/ECON/NT/2011-01, Março de 2012.

⁴ Cf. John ARMOUR, «Making Bank Resolution Credible», in Moloney / Ferran / Payne (ed.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford University Press, 2015, pp. 453-486.

⁵ Idem.

⁶ Estes mecanismos de *bail-in* podem ser de dois tipos: redução dos direitos dos accionistas no montante correspondente às perdas ou recapitalização da instituição através de um aumento de capital imputado aos accionistas. Acresce que a aplicação do princípio no *creditor worse off* ao mecanismo de *bail-in* é especialmente complexa, sobretudo quando exista um aumento do capital – sobre esta temática v. Simon GLEESON, «The Architecture of the BRRD – A UK Perspective», Busch / Ferrarini (ed.), *European Banking Union*, Oxford, 2015, pp. 417-418.

visam assegurar liquidez permanente para as operações de resolução, que no actual contexto se acredita que venham a ser cada vez mais frequentes⁷.

2. São estes antecedentes que explicam que, no Memorando de Entendimento assinado entre a Comissão Europeia (CE), o BCE e o FMI e o Estado Português em 17 de Maio de 2011 – por ocasião das medidas impostas por aquelas entidades como “contraprestação” pela assistência financeira ao país, que estão na base do que viria a ser denominado como “Programa de Assistência Económica e Financeira – PAEF” –, se tivesse previsto o seguinte em matéria de *Enquadramento legal da Reestruturação, Saneamento e Liquidação das Instituições de Crédito (Bank Resolution Framework)*: “As autoridades alterarão a legislação sobre instituições de crédito em consulta com a CE, o BCE e o FMI até ao final de Novembro de 2011 para, entre outras, impor obrigações de reporte prévio baseadas em requisitos e penalizações claras. O BdP será autorizado a aplicar medidas correctivas para promover a implementação de um plano de recuperação. As instituições de crédito com riscos sistémicos terão de preparar planos de contingência de reestruturação, saneamento e liquidação sujeitos a revisão periódica.

As alterações introduzirão um regime de reestruturação e saneamento das instituições de crédito em dificuldades que lhes permita, sob controlo oficial, manter o exercício da actividade, para promover a estabilidade financeira e a protecção dos depositantes. O regime estabelecerá requisitos claros para a sua aplicação e os instrumentos de reestruturação ao dispor das autoridades deverão incluir a recapitalização sem direitos de preferência dos accionistas, de acordo com o enquadramento europeu relevante, a transferência de activos e passivos para outras instituições de crédito e um bridge-bank⁸.

3. E é precisamente no contexto das medidas legislativas de execução do PAEF que surge a Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro, uma lei de autorização legislativa, pela qual o Governo fica autorizado a estabelecer mecanismos de intervenção preventiva e correctiva, a criar uma fase de administração provisória e a definir os termos e a competência para a resolução e liquidação pré-judicial de instituições sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, bem como a regular outros aspectos relacionados com o processo de liquidação das mesmas.

Autorização legislativa que deu lugar à aprovação pelo Governo do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, pelo qual são alterados diversos artigos do RGICSF, tendo em vista a consagração de uma nova disciplina legal assente em três fases de intervenção distintas: a intervenção correctiva, a administração provisória e a resolução. Segundo o legislador, os pressupostos de aplicação de cada uma das referidas fases de intervenção diferenciam-se em razão da gravidade do risco ou grau de incumprimento das normas disciplinadoras da actividade, bem como da dimensão das respectivas consequências nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro. Já a escolha em concreto da medida a aplicar é uma decisão discricionária do Banco de Portugal, fundada na verificação dos respectivos pressupostos e no respeito pelos princípios gerais da necessidade, adequação e proporcionalidade.

4. Mais tarde, boa parte destas medidas seria objecto de regulação a nível europeu, com o intuito primacial de harmonizar os processos de resolução das instituições, dando origem à Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio.

Esta intervenção normativa europeia justificou, segundo o legislador nacional, a necessidade de clarificar e aperfeiçoar o enquadramento legal aplicável ao regime da resolução aprovado pelo

⁷ *Idem, ibidem.*

⁸ Texto que consta do documento publicado pelo Governo, na sua página oficial, com o título “Tradução do conteúdo do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica”.

Decreto-Lei n.º 31-A/2012, aproveitando a ocasião para transpor parcialmente para o ordenamento jurídico nacional a mencionada Directiva 2014/59/UE.

Estas modificações ao RGICSF seriam aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto e contendiam essencialmente com três aspectos:

- i) adoptar a medida de protecção dos credores prevista na Directiva e segundo a qual nenhum credor afectado por uma medida de resolução poderá assumir, por efeito da referida medida, um prejuízo superior àquele que assumiria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação;
- ii) esclarecer que na concretização do regime acabado de referir, para além de uma avaliação independente se assegura ainda a realização de uma estimativa do nível de recuperação dos créditos de cada classe de credores num cenário de liquidação da instituição em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução; e
- iii) clarificar os meios de disponibilização dos recursos do Fundo de Resolução, nomeadamente, a possibilidade de este conceder garantias no contexto de uma medida de resolução⁹.

5. Por último, o RGICSF seria modificado mais uma vez, inclusive quanto ao texto dos artigos constantes do referido título VIII, relativo à intervenção correctiva, administração provisória e resolução, pela Lei n.º 23-A/2015, de 26 de Março, que efectuou a transposição integral para o direito português da Directiva 2014/59/EU, bem como da Directiva 2014/49/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril, relativa aos sistemas de garantia de depósitos.

É com base neste enquadramento normativo que devemos buscar as respostas às questões que nos foram formuladas.

II A RESERVA DE LEI PARLAMENTAR

As primeiras questões suscitadas respeitam ao âmbito e alcance da reserva de lei, enquanto reserva parlamentar, mais especificamente, enquanto reserva de competência legislativa exclusiva da Assembleia da República.

1. O princípio da reserva de lei tem uma história longa e complexa, comportando inicialmente, na época liberal, uma tripla reserva: *orgânico-formal* (só o Parlamento podia fazer "leis"), *funcional* (a emissão de leis correspondia a uma função específica, a função legislativa) e *material* (as leis identificavam-se com as normas *jurídicas*, que eram *exclusivamente* as normas *relativas à esfera da liberdade e da propriedade dos cidadãos*). O princípio valia nas relações entre o poder legislativo e o poder executivo (a Administração) e implicava o monopólio parlamentar de emissão de "normas *jurídicas*", justamente para a protecção da liberdade e da propriedade dos cidadãos.

Actualmente, a reserva de lei parlamentar assume outras dimensões, e interessa-nos aqui a reserva parlamentar no quadro da *repartição de competências legislativas*, que a Constituição portuguesa atribui à Assembleia da República e ao Governo (e também às Assembleias

⁹ V. o preâmbulo do diploma, que acrescenta que "é também clarificado o âmbito dos passivos suscetíveis de serem transferidos aquando da aplicação de uma medida de resolução, procedendo-se ainda à correção de determinadas remissões".

Legislativas Regionais) – uma dimensão que não tem paralelo na generalidade das constituições ocidentais.

Nesta dimensão, que podemos designar *horizontal* (em contraposição com a dimensão vertical na relação lei - administração), a reserva parlamentar assume uma expressão *orgânico-formal*, delimitando as matérias constitucionalmente enumeradas como sendo da competência legislativa própria da Assembleia da República (A.R.), mas, como veremos melhor, não pode deixar de ter relevo no plano substancial, tendo em conta os conteúdos escolhidos.

Dizemos competência legislativa *própria*, porque, embora a reserva seja, em princípio, de competência *exclusiva*, a Constituição distingue, desde a revisão de 1982, matérias de reserva absoluta e matérias de reserva *relativa* de competência legislativa da A.R., sendo que, quanto a estas últimas, o monopólio parlamentar, enquanto *poder e dever* de legislar, não é absoluto, sendo permitido ao Parlamento conferir *autorização* ao Governo para sobre elas legislar – ou, dito de outra forma, porque não se trata de uma *delegação* de poderes, matérias em que ao Governo (também) é conferida, pela Constituição, competência para legislar¹⁰, embora necessite para o efeito, caso a caso, da autorização parlamentar.

Na realidade, é importante salientar que a reserva relativa significa justamente o reconhecimento de que, no elenco das matérias seleccionadas, pode justificar-se que seja o Governo a legislar, tendo em conta, designadamente, a sua especial competência técnica para regular assuntos que exigem conhecimentos especializados – sem prejuízo de caber à Assembleia da República decidir sobre a autorização e definir, com maior ou menor densidade, conforme os casos, o objecto, o sentido, a extensão e a duração da autorização.

2. Interessa-nos aqui, fundamentalmente, a *reserva relativa* de competência legislativa em matéria de “direitos, liberdades e garantias” – reserva cujo âmbito e alcance tem suscitado diversos problemas e distintas posições doutrinárias.

Verifica-se, aparentemente, um consenso na doutrina e jurisprudência no sentido de que o âmbito da reserva não se restringe ao regime comum ou às bases gerais sobre a matéria, nem vale apenas para as leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias, abrangendo, em princípio, todo o regime jurídico sobre a matéria¹¹.

No entanto, as divergências existem, designadamente no plano competencial: há quem entenda que a reserva legislativa do Parlamento deve ser objecto de interpretação extensiva ou de uma visão alargada; e há quem conteste essa asserção normativa, baseando-se em que o Governo tem poderes legislativos normais próprios e as lei e decretos leis têm igual valor¹².

E, sobretudo, há quem entenda que a reserva em termos estritamente *formais*, englobando tudo o que diga respeito aos preceitos inscritos nos Títulos relativos aos direitos, liberdades e garantias (Título I e II), sem distinção – e nada mais que isso¹³; e quem entenda, diferentemente,

¹⁰ O Governo não recebe um dever, mas um poder, que solicita e que exerce livremente, dentro do quadro da lei autorizativa - v. Jorge Miranda, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006, p. 537.

¹¹ Neste sentido, v. Parecer da Comissão Constitucional n.º 9/77, in Pareceres da Comissão Constitucional, vol. I, pp. 181 e GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2010, pp. 327-328.

¹² Contra, v. Jorge Miranda e, no sentido do texto, Rui Medeiros, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., Tomo II, respectivamente no comentário ao artigo 164.º, p. 517 e ss, e no comentário ao artigo 198.º, p. 692 e ss.

¹³ É a posição de Jorge Miranda, comentário ao artigo 17.º, *ob. cit.*, I, p. 306 e ss, e II, p 535, que conclui, como veremos, pela exclusão da reserva dos próprios direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias.

que a delimitação e a intensidade da reserva convocam problemas normativos para além da inclusão sistemática, problemas que envolvem dimensões *substanciais* e *sistémicas*.

3. Por nossa parte, julgamos precisamente que a reserva deve ser matizada no plano substancial: embora não vise hoje, em primeira linha, como originariamente, a garantia das liberdades dos cidadãos perante o poder executivo – o legislador é hoje visto, também nos sistemas eurocontinentais, como um inimigo potencial das liberdades, cabendo essa protecção aos tribunais¹⁴ –, é ainda também para protecção dos direitos fundamentais, em especial pelas vantagens da publicidade e do contraditório procedimental, que se prefere a lei da Assembleia da República para regular, no essencial, as matérias mais relevantes para a vida comunitária, como aquelas que respeitam aos direitos, liberdades e garantias.

Mas, sendo essa a razão e o objectivo da reserva, percebe-se que, na sua delimitação, se atenda aos valores que se pretende proteger, de modo que, apesar de ser tendencialmente total, se veja nela, além de um núcleo duro, que abrange seguramente as leis restritivas de direitos, camadas de intensidade variável que tornam flexível o respectivo perímetro, em função, quer do *conteúdo dos direitos* em causa, quer das *distintas finalidades* da intervenção legislativa, quer mesmo do *enquadramento normativo* da matéria reservada no sistema constitucional.

3.1. Assim, põe-se, desde logo, o problema de saber qual é o âmbito da reserva parlamentar, tendo em conta que não vale para a generalidade dos direitos fundamentais – a questão mais importante, que também mais nos interessa agora, tem sido a de saber se a reserva orgânica integra o regime dos direitos, liberdades e garantias, para efeito da sua extensão aos direitos análogos, nos termos do artigo 17.º da Constituição.

Uma parte significativa da doutrina tem entendido que o regime orgânico não está abrangido no regime aplicável aos direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias, invocando que isso poderia tornar mais confuso e, sobretudo, alargar em demasia o âmbito da reserva parlamentar¹⁵ – a ser assim, a reserva parlamentar não abrangeria o direito de propriedade ou a liberdade de iniciativa económica privada, que estão previstos no Título relativo aos Direitos económicos, sociais e culturais¹⁶.

Mas não é essa a nossa opinião, pois sempre entendemos que a analogia substancial com os direitos, liberdades e garantias justificará que os direitos abrangidos gozem dos diversos aspectos desse regime, incluindo a garantia da protecção resultante da reserva de lei formal, designadamente aqueles direitos que têm assento na Constituição, dentro e mesmo fora do catálogo¹⁷.

Outra coisa é saber qual o alcance da analogia, para efeitos de aplicação do regime, substancial e orgânico. Neste aspecto, entendemos que a *analogia substancial* e *estrutural* com os direitos, liberdades e garantias – caracterizada pela *função primária de defesa* e pela circunstância de o *seu conteúdo principal* ser *essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções*

¹⁴ Além de que o Governo, designadamente quando maioritário, não é, no nosso sistema, um poder substancialmente diverso do Parlamento.

¹⁵ É, por exemplo, como dissemos, a posição de JORGE MIRANDA, ob. cit., I, p. 306 e ss, que refere outros argumentos. Dizendo que é duvidosa a extensão do regime orgânico aos direitos análogos, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, ob. cit., p. 374 e s e II, p. 327.

¹⁶ A ser assim, algumas das questões que nos são colocadas teriam uma resposta simples e óbvia: não há inconstitucionalidade por violação da reserva, porque esta não abrange os direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias.

¹⁷ Cf. o nosso *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 187 e ss.

constitucionais e não *por opções políticas do legislador ordinário*¹⁸ – não tem de se referir necessariamente ao direito análogo no seu todo, mas a *posições jurídicas ou dimensões jurídicas específicas*¹⁹ - assim, por exemplo, nem todas as faculdades ou dimensões do direito de propriedade devem ser consideradas análogas aos direitos, liberdades e garantias, para efeitos de aplicação do respectivo regime, incluindo o regime orgânico.

3.2. Na realidade, para efeitos de aplicação do regime e, concretamente, para delimitação da reserva parlamentar, importa ter em consideração o conteúdo específico dos direitos, designadamente quando se trate de direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias.

E uma das espécies mais interessantes é, a este propósito, o direito de propriedade, dada a sua complexidade estrutural e funcional²⁰.

Por um lado, o direito fundamental de propriedade tem sido, entre nós, configurado nos mais amplos termos, em especial pela abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC), que define um conceito de propriedade que vai muito além do conceito civilista tradicional, incluindo direitos de crédito (Acórdãos n.ºs 494/94, 516/94, 68/97, 318/99, 51/99, 374/03), direitos de autor (propriedade intelectual) e os “direitos sociais”, isto é, direitos de titulares de acções ou quotas de sociedades (Acórdãos n.ºs 491/02, 374/03, 273/04).

Em contrapartida, o direito de propriedade tem sido severamente recortado quando se pretende fazer operar a analogia com os direitos, liberdades e garantias, inclusivamente para efeitos de definição da reserva orgânica de competência legislativa.

Afirma-se que o direito é análogo aos direitos, liberdades e garantias enquanto direito a aceder, a transmitir e, sobretudo, *a não ser arbitrariamente privado* da propriedade (Acórdão do TC n.º 148/05) –, mas tende a não se reconhecer essa analogia substancial quando não esteja em causa essa garantia, mas o direito à utilização ou fruição da propriedade, nomeadamente para efeitos de edificação, procurando-se dessa maneira também evitar o alargamento desmesurado da reserva de lei (Acórdão do TC n.º 496/08).

E esclarece-se ainda que a analogia não vale uniformemente para todas as dimensões ou faculdades pensáveis do direito, tendo em conta que é reconhecido “nos termos da Constituição” (artigo 62.º, n.º 1) – por exemplo, no que respeita à privação, apenas vale na medida em que se trate de uma privação total ou de uma ablação que vá além da *conformação legal do direito*²¹.

¹⁸ V. *Os Direitos Fundamentais*, *ob. cit.*, p. 174 e ss. No sentido de que o regime dos direitos, liberdades e garantias, maxime a reserva de lei parlamentar, apenas abrange os direitos de natureza análoga que se apresentem como “direitos negativos (como direitos a abstenções do Estado) ou como direitos dos trabalhadores a acções ou prestações concretas e determinadas” – v. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, *ob. cit.*, pp. 327, e Vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 373-375.

¹⁹ No mesmo sentido, MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II, Almedina, 2006, p. 254.

²⁰ Abstraindo de dimensões simbólicas e históricas – o direito de propriedade era um dos principais direitos fundamentais da época liberal e, a par da liberdade de iniciativa privada, costuma aparecer nos catálogos constitucionais integrado no conjunto dos direitos de defesa ou de liberdade, associado ao livre desenvolvimento da personalidade e enquanto pedra de toque do sistema de economia de mercado que impera nas sociedades ocidentais (e agora tendencialmente no mundo como ideologia dominante).

²¹ Não há um estatuto jurídico-legal unitário da propriedade privada – para além do tratamento constitucional específico da propriedade de meios de produção, há diferenças sensíveis na regulação da propriedade fundiária, agrícola, florestal, urbana, da propriedade intelectual e industrial, da propriedade mobiliária e de direitos de crédito, de acções e obrigações, por vezes também em função das áreas da vida económica, sendo de destacar justamente a área financeira, em que a dimensão social, económica e até política, é muito marcante.

É dizer que se reconhecem no direito de propriedade, além das dimensões pessoais e de defesa, que poderão justificar a analogia com os direitos, liberdades e garantias, as vinculações *decorrentes de dimensões sociais do direito, que ultrapassam os interesses do proprietário* e que, por isso, legitimam a conformação (e não apenas a concretização ou a restrição) do seu conteúdo por via legislativa. E, na realidade, a jurisprudência do Tribunal Constitucional, depois de numa fase inicial ter operado uma leitura mais liberal do preceito, tem assumido uma concepção claramente objectivista ou comunitarista do direito de propriedade²².

Por tudo isso, o direito de propriedade configura, na nossa ordem constitucional, um direito *sui generis*, ao qual, de resto, não é inteiramente aplicável, nem mesmo no seu âmago, o próprio regime substantivo dos direitos, liberdades e garantias – desde logo, em matéria de limites à restrição legislativa, dado que está sujeito a um poder geral de expropriação por utilidade pública, mediante indemnização²³.

Fica, assim claro, que a delimitação da reserva parlamentar de competência legislativa não é facilmente concretizável, tem de acompanhar o recorte da analogia substancial e estrutural com os direitos, liberdades e garantias, atendendo às faculdades ou posições jurídicas incluídas no direito fundamental em causa – e, no que respeita ao direito de propriedade, só tende a aceitar-se na jurisprudência constitucional a aplicabilidade do regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias ao seu núcleo essencial, enquanto garantia de não ser arbitrariamente privado da propriedade.

3.3. Depois, não pode deixar de ser relevante a intenção e o alcance da legislação ordinária reguladora da matéria de direitos fundamentais: além das leis *restritivas*, expressamente referidas no artigo 18.º, as leis podem ainda ser (ou pretender ser) *harmonizadoras, ordenadoras, condicionadoras, interpretativas (delimitadoras ou concretizadoras), constitutivas (ou conformadoras), protectoras, promotoras e ampliativas* do conteúdo dos direitos fundamentais²⁴.

Ora, como sempre defendemos, não faz sentido considerar inconstitucional, pelo facto de não se fundar numa lei de autorização prévia, um decreto-lei que tenha como finalidade única e evidente proteger, promover ou ampliar direitos, liberdades e garantias²⁵, em especial quando não seja inovador na regulação da matéria, limitando-se a modificar o regime legal anterior em aspectos específicos e num sentido inequivocamente mais favorável.

Se a reserva de lei visa assegurar uma protecção procedimental maior aos direitos, liberdades e garantias, não se deve ignorar essa sua razão de ser, sendo legítimo proceder-se a uma interpretação restritiva ou até a uma redução teleológica do preceito constitucional – tanto mais que, como vimos, no desenho constitucional, o Governo tem legitimidade democrática e poderes legislativos próprios, mesmo nas áreas de reserva relativa da Assembleia da República, e que esta pode sempre submeter esses decretos leis a apreciação parlamentar. A reserva de lei não deveria, por isso, ser interpretada em termos rigidamente formais²⁶.

²² Sobre o tema, acentuando a complexidade do direito (ou garantia) fundamental de propriedade, bem como as dificuldades jurídico-constitucionais e analíticas que a figura suscita, como caso exemplar, v. MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, cit., vol. II, p. 653 e ss.

²³ Por previsão expressa do artigo 62.º, n.º 2 da Constituição. Não vale, por isso, integralmente, o artigo 18.º, n.º 2, sendo o direito de propriedade um direito enfraquecido, mesmo perante a Administração, embora haja um direito à indemnização correspondente, garantido por requisitos exigentes.

²⁴ V. *Os Direitos Fundamentais*, ob. cit., p. 208 e ss.

²⁵ *Idem*, ibidem, p. 322. Em sentido contrário, considerando inconstitucionais também o regime ampliativo de direitos que não tenha uma autorização legislativa prévia, v. Jorge Miranda, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., pp. 535.

²⁶ Este entendimento justifica-se ainda mais para quem, como nós, contra a opinião maioritária, considera que a inconstitucionalidade orgânica pode gerar mera anulabilidade e que, nesses casos, devia haver um prazo para a respectiva arguição.

3.4. Por fim, deve ainda ter-se em conta que o alcance da reserva de lei tem de ser definido no quadro global do ordenamento jurídico, de forma articulada e harmonizada com outras normas e princípios constitucionais.

Neste contexto, não pode ignorar-se, dada a vastíssima extensão potencial da matéria dos direitos fundamentais, a circunstância de existirem sobreposições e colisões da reserva de lei parlamentar com as competências atribuídas ou reconhecidas constitucionalmente a outras entidades – às autarquias locais, às regiões autónomas, ao próprio Governo, a entidades independentes e também, num contexto de transconstitucionalidade ou de interconstitucionalidade, a organismos internacionais, transnacionais ou supranacionais, designadamente no quadro da União Europeia.

Tivemos ocasião de tratar do inter-relacionamento entre a reserva de lei e a autonomia local – tendo concluído que era necessário harmonizar a competência legislativa parlamentar com a garantia constitucional da autonomia regulamentar local, quando se trate de regular matéria incluída nas *atribuições nucleares* próprias das autarquias locais e, porque estamos aí ao nível de um poder regulamentar administrativo, desde que se trate de aspectos de pormenor ou marginais do regime dos direitos, liberdades e garantias que o legislador não tenha regulado²⁷.

Mas, com relevo para o caso concreto, importa especialmente considerar a relação entre a competência legislativa parlamentar e os poderes normativos dos órgãos europeus, tendo em conta as matérias atribuídas à União, em especial no que toca à transposição de directivas e à regulação europeia na área financeira.

Sobre esta difícil questão importa destacar quatro tópicos: o princípio da prevalência aplicativa do direito europeu; o dever de conformidade das normas europeias com as regras e os princípios da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE); a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia para a interpretação da conformidade normativa das regras europeias com as regras e os princípios da Carta, assim como do direito nacional com o direito europeu; e o sentido da “cláusula-limite” da garantia do respeito do direito europeu pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

3.4.1. O *princípio da prevalência aplicativa* do direito europeu²⁸, um princípio de base jurisprudencial, afirmado pela primeira vez no conhecido acórdão *Costa/ENEL* de 1964 (Proc. 6/64), determina que todo o direito nacional se deve conformar com o direito europeu e que, em caso de conflito, o direito europeu há-de prevalecer, mesmo que tal implique a desaplicação das normas nacionais, seja qual for o seu valor formal, como se afirmou no acórdão *Simmenthal*, de 1978 (Proc. 106/77). Um princípio que assegura a afectividade do direito europeu e que deu origem a muitas discussões doutrinárias sobre o lugar das normas do direito europeu no sistema de hierarquia normativa tradicional dos sistemas jurídicos nacionais. Em particular, discutiu-se o problema da *prevalência do direito europeu sobre o direito constitucional*, que, de acordo com as últimas posições da doutrina nacional e internacional carece, como veremos, de algumas precisões limitadoras.

Por ora, importa destacar quanto a este primeiro tópico que, constituindo o regime jurídico da medida de resolução bancária aqui em apreço uma “*matéria de competência da União Europeia*”, uma vez que consubstancia uma das medidas de construção da “União Bancária”, a mesma não pode deixar de ser analisada à luz do princípio da prevalência aplicativa das soluções constantes da Directiva 2014/59/UE. Em outras palavras, o *regime de resolução* previsto e disciplinado pela

²⁷ V. “Autonomia regulamentar e reserva de lei”, sep. de *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró* (1984), 1987.

²⁸ Sobre o tema v. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 405ss.

Directiva 2014/59/UE é considerado pelas instâncias europeias (Parlamento Europeu e Conselho) um regime de harmonização das legislações nacionais para assegurar o correcto funcionamento do mercado interno (artigo 114.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE), ao exercício do direito de estabelecimento das instituições financeiras no mercado interno (considerando 9 da Directiva 2014/59/UE) e à política monetária da União Europeia (artigo 127.ºss do TFUE). Assim, sabendo nós que a União dispõe de *competência exclusiva* para o estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno e em matéria de política monetária (artigo 3.º/1b) e c) do TFUE), parecem não restar dúvidas de que o regime de resolução é, para todos os efeitos, um *regime jurídico europeu* que goza de preferência aplicativa no direito interno, incluindo em termos jurídico-constitucionais.

Desta preferência aplicativa do *regime jurídico europeu da resolução* resulta uma *prevalência* das soluções europeias, mesmo em matéria de protecção de direitos, liberdades e garantias – como é o caso do direito de propriedade de accionistas e credores – sobre as soluções consagradas no plano nacional, sempre que essas soluções se não conformem com as regras e directrizes europeias. Algo que, num primeiro momento pode parecer estranho, mas que tem hoje um contexto normativo no qual aquelas posições jurídico-subjectivas encontram, como veremos, uma protecção aparentemente adequada.

3.4.2. Com efeito, e avançando para o segundo tópico – o dever de conformidade das normas europeias com as regras e os princípios da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia –, importa lembrar que o *direito europeu* desenvolveu um importante percurso no sentido de assegurar que as suas normas, em regra ligadas à integração económica, ou seja, de promoção do mercado interno, respeitam os parâmetros normativos jusfundamentais que os ordenamentos jurídico-constitucionais dos Estados-membros asseguram às liberdades e aos direitos de natureza económica, incluindo os direitos análogos a direitos, liberdades e garantias. Referimo-nos, essencialmente, à liberdade de iniciativa privada, à protecção da propriedade privada e à segurança jurídica e protecção da confiança dos investidores.

Desde as primeiras manifestações de “desconfiança” em relação à capacidade de o ordenamento jurídico europeu assegurar um nível de protecção adequado aos direitos fundamentais no âmbito do direito europeu secundário – referimos à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão nos denominados casos Solange I e II ²⁹ – até ao actual “estado da arte”, particularmente após a aprovação da CDFUE e a respectiva “integração” no ordenamento jurídico europeu com um valor semelhante ao das disposições dos Tratados, diremos que não subsistem hoje razões objectivas para considerar que as normas de direito europeu secundário (regulamentos e directivas) não são também elas produzidas em conformidade com *standards* de protecção de direitos fundamentais adequados, ou seja, diremos que nestas matérias não se justifica a intervenção dos tribunais constitucionais nacionais no respectivo controlo de conformidade constitucional material.

De resto, mesmo a doutrina nacional já admitia, antes da entrada em vigor da CDFUE, que nestas matérias – as matérias da competência da União – teria de admitir-se uma mitigação do poder de fiscalização do Tribunal Constitucional, o qual deveria autolimitar-se a um controlo do “núcleo essencial” das regras e princípios da Constituição, e deveria exercer esse controlo após o esclarecimento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (em sede de reenvio prejudicial)

²⁹ Referimo-nos aos seguintes acórdãos do Tribunal Constitucional Alemão: decisão de 29.05.1974 (2 BvL 52/71), caso Solange I, e decisão de 22.10.1986 (BvR 197/83), caso Solange II.

quanto à interpretação das referidas normas, e uma vez verificada a evidente impossibilidade de compatibilização das mesmas com o núcleo essencial da Constituição Portuguesa³⁰. Após a entrada em vigor da CDFUE existe um consenso na doutrina e na jurisprudência quanto ao facto de que se existirem soluções normativas do direito derivado europeu que sejam violadoras dos direitos fundamentais, deve o TJUE proceder ao respectivo controlo, cabendo aos tribunais constitucionais nacionais um papel muito residual nesta matéria³¹. Algo que entre nós se tornou evidente com a introdução do n.º 4 do artigo 8.º da CRP na revisão constitucional de 2004, ao estabelecer-se que “[a]s disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

Em suma, é hoje pacífico na doutrina que o direito europeu derivado de regulação ou de harmonização entre os ordenamentos jurídicos dos Estados- membros, referente a matérias que dizem respeito a poderes da União, sempre que contende com direitos e liberdades dos cidadãos deve ser fiscalizado do Tribunal de Justiça da União Europeia, para verificar a respectiva conformidade com a CDFUE, considerando-se a mesma um *standard* de protecção suficiente e adequado³².

3.4.3. Acresce que, solicitar ao Tribunal Constitucional português a apreciação da conformidade constitucional de normas constantes de actos legislativos que sejam actos de transposição para o direito nacional do direito europeu derivado pode redundar, mesmo, num exercício inútil – algo que resulta da competência do Tribunal de Justiça da União Europeia para a interpretação da conformidade normativa das regras europeias com as regras e os princípios da Carta, assim como do direito nacional com o direito europeu.

Em primeiro lugar, porque o Tribunal Constitucional português é também um tribunal europeu, ou seja, é também um tribunal que deve aplicar o direito europeu nas suas decisões e, por essa razão, se a inconstitucionalidade suscitada se reporta afinal a uma inconstitucionalidade derivada, identificando-se a “inconstitucionalidade originária” na norma de direito europeu, o mesmo deve solicitar ao TJUE a apreciação da conformidade dessa norma de direito europeu derivado com a CDFUE antes de proferir qualquer decisão, e deve conformar-se com a interpretação a que aquele Tribunal chegue nesta matéria.

Para além disso, é também importante não esquecer que, por força do já mencionado princípio da preferência aplicativa, as normas do direito nacional podem também ser objecto de controlo por parte do TJUE no que respeita à sua conformidade com o direito europeu, o que significa que, derradeiramente, se o Tribunal Constitucional entendesse que a norma constante do acto legislativo de transposição do direito europeu violava a Constituição ou os princípios nela consignados deveria ainda, em rigor, solicitar, em sede de reenvio prejudicial, a conformidade da interpretação a que chegasse relativamente a essa norma com o direito europeu. Só assim se asseguraria, por um lado, a prevalência do direito europeu, que também obriga o Tribunal

³⁰ Neste sentido, por todos, CARDOSO DA COSTA, «O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, *Ab uno ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora*, 1995, p. 1376.

³¹ Mesmo na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, em regra mais propenso a não aceitar um condicionamento dos seus poderes de fiscalização, regista-se que na sentença de 2009, em regra denominada decisão sobre o Tratado de Lisboa (BVerfGE 2 BvE 2/08 *et alii*), em que o Tribunal invoca um conjunto de domínios nos quais entende que o *standard* de protecção nacional deve prevalecer, por razões ligadas à protecção dos indivíduos ou a direitos que requerem um contexto cultural para a respectiva compreensão, acaba por *a contrario*, assumir que nas restantes matérias, nas quais se incluem os direitos económicos aqui em apreço, o *standard* de protecção europeu é adequado e suficiente.

³² Cf. Maria Luísa DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2006

Constitucional português, e, se evitaria, por outro lado, a existência de um caso de responsabilidade do Estado português por incumprimento do direito europeu.

Trata-se, como é fácil de entender, de um resultado alcançado após a introdução no ordenamento jurídico europeu da CDFUE, que assegura que este ordenamento jurídico se rege, também pelo respeito pelos direitos fundamentais, que cabe ao TJUE fiscalizar e assegurar.

3.4.4. Pode questionar-se se isto não significa uma perda excessiva de poderes por parte dos ordenamentos jurídicos nacionais no que respeita à garantia da conformidade do ordenamento jurídico com os princípios e as regras constitucionais. Mas a resposta não tem de ser afirmativa, pois, primeiramente, aquele resultado só se verifica nos domínios onde o direito europeu regula o exercício dos poderes que os Estado delegaram à União, e, em segundo lugar, o ordenamento jurídico-constitucional reconhece um poder de controlo de última instância à jurisdição nacional, aplicável em casos extremos, quando se considere (quando o Tribunal Constitucional considere) que o regime jurídico europeu ou os actos nacionais que o transpõem para o ordenamento jurídico nacional violam “os princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

A reserva de lei deve, pois, ser acomodada a esta nova realidade internormativa, tendo em consideração, uma vez mais, a relevância da sua teleologia, que, designadamente no que concerne aos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos, deve prevalecer sobre uma compreensão formalista e uma delimitação rígida do preceito constitucional que formalmente a delimita.

III AS QUESTÕES

1 O Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, padece de inconstitucionalidade orgânica por violação da alínea b) do artigo 165.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP)?

1. O artigo 165.º da CRP consagra as matérias que integram a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, entre as quais se incluem as matérias dos direitos, liberdades e garantias (*alínea b)*).

Assim, a questão que nos é colocada é a de saber se, sendo o Decreto-Lei n.º 114-A/2014 um decreto-lei simples (sem autorização legislativa prévia) – que transpõe parcialmente para o regime jurídico nacional soluções consagradas na Directiva 2014/59/UE, que não constavam expressamente das medidas adoptadas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, na alteração que este introduziu ao RGICSF –, o regime jurídico por ele aprovado enferma de uma inconstitucionalidade orgânica, por versar sobre matérias da reserva de competência legislativa da Assembleia da República sem a necessária autorização.

A resposta a estas questões pressupõe a análise de três dimensões: *a) o recorte da reserva material de competência legislativa do parlamento* em relação aos temas mencionados; *b) a análise do concreto regime jurídico* instituído pelo referido Decreto-Lei; e ainda *c) a resposta à questão de saber se a referida reserva de competência legislativa é igualmente válida quando estamos perante actos legislativos que transpõem para o ordenamento jurídico interno directivas europeias.*

2. Em relação ao primeiro tópico, já definimos, no essencial, a nossa posição sobre o *âmbito da reserva de competência legislativa do Parlamento* em matéria de direitos, liberdades e garantias.

Como dissemos, consideramos que o âmbito da reserva parlamentar não se restringe ao regime geral ou às bases sobre a matéria, nem às leis restritivas, abrangendo, em princípio, todo o regime jurídico dos direitos liberdades e garantias – e que a reserva orgânica integra o regime jurídico que, nos termos do artigo 17.º da Constituição, é extensível aos direitos análogos a direitos liberdades e garantias, não obstante boa parte da doutrina se pronunciar em sentido contrário, quanto a este último ponto.

A não ser assim, a pergunta seria de fácil resposta, dado que as matérias em causa respeitam basicamente ao direito de propriedade e, porventura, à liberdade de iniciativa privada, que não estão incluídos no Título II da Parte I da Constituição, entre os direitos, liberdades e garantias.

No entanto, também dissemos que a delimitação da reserva parlamentar de competência legislativa constitui um problema complexo: *i)* tem de acompanhar o recorte da analogia substancial e estrutural com os direitos, liberdades e garantias, atendendo às faculdades ou posições jurídicas incluídas no direito fundamental em causa; *ii)* deve distinguir a intenção e o alcance da legislação ordinária reguladora da matéria de direitos fundamentais, não abrangendo os decretos-leis que tenham como finalidade única proteger, promover ou ampliar direitos, liberdades e garantias, designadamente quando não sejam inovadores na regulação da matéria; *iii)* tem de considerar especialmente a relação entre a competência legislativa parlamentar e os poderes normativos dos órgãos europeus, tendo em conta as matérias atribuídas à União, em especial no que toca à transposição de directivas no quadro da regulação europeia na área financeira.

3. É neste enquadramento que importa analisar a questão da conformidade constitucional do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, pelo facto de se tratar de um decreto-lei simples que: *a)* contende com matéria de *direitos análogos* a direitos, liberdades e garantias – mais concretamente com a liberdade de iniciativa económica privada e com o direito de propriedade privada; *b)* estabelece, substancialmente, um *regime jurídico desagravador das restrições* impostas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que, ao abrigo de uma autorização legislativa, consagrara entre nós a figura jurídica da medida de resolução no RGICSF; *c)* limita-se a *clarificar e a aperfeiçoar* o disposto no decreto-lei anterior e a *transpor para o ordenamento jurídico português* o disposto numa directiva europeia.

Com efeito, o Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, tal como já referimos, limita-se a transpor para o nosso ordenamento jurídico o princípio de que os accionistas respondem prioritariamente em relação aos credores pelos prejuízos decorrentes da medida de resolução e, ainda, a consagrar uma “cláusula-limite” aos prejuízos que os credores podem assumir no âmbito do mencionado processo de resolução – dispondo que esses prejuízos não podem ser superiores àqueles que os mesmos credores assumiriam no caso de liquidação da instituição. No mais, este diploma fixa critérios para a avaliação a efectuar pela entidade independente, justamente para assegurar que aos credores será garantida a restituição da diferença entre o prejuízo que assumiram com a medida de resolução e aquele que teriam de assumir caso tivesse tido lugar uma liquidação, sendo esses prejuízos calculados de acordo com um cenário de liquidação prévio à adopção da medida de resolução.

Assim, a eventual “*questão de inconstitucionalidade*” do Decreto-Lei n.º 114-A/2014 há-de circunscrever-se às normas que efectivamente contendem com dimensões do direito de propriedade e da livre iniciativa económica privada e não com todo o regime jurídico instituído por este diploma – é neste sentido que nos referimos à apreciação da constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 114-A/2014.

Ora, confrontando a redacção dos artigos introduzidos no RGICSF pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, em especial os artigos 145.º-B e 145.º-F, com a respectiva redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, verifica-se que este configura, substancialmente, num regime legal promotor ou ampliador das garantias dos credores afectados pela aplicação de uma medida de resolução, razão pela qual se nos afigura *não ser possível considerar inconstitucional o Decreto-Lei de 2014*.

Como dissemos, a reserva de competência da Assembleia da República deve ser delimitada em função dos direitos envolvidos e da intenção e alcance da intervenção legislativa, e, no caso em apreço, estão em causa direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias (que, para alguns, nem sequer integram a reserva) e uma intervenção legislativa que visa proteger os titulares desses direitos – justamente o tipo de situações que, quanto a nós, não deve considerar-se abrangido pelo âmbito da reserva, ou, pelo menos, em que a reserva não deve ser efectiva, por não subsistirem fundamentos, no plano substancial, para sustentar a inconstitucionalidade orgânica. Afinal, o Governo apenas se limita a cumprir o dever de promoção e garantia dos direitos fundamentais em causa, que obriga todos os órgãos do Estado.

Acresce que, mesmo para quem não subscreva a tese de que não deve considerar-se procedente a inconstitucionalidade de um decreto-lei simples que se limite a ampliar direitos, liberdades e garantias, sempre se poderá também argumentar, em relação ao caso concreto, que esta é uma situação em que as normas aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014 não criam um regime jurídico materialmente diverso daquele que havia sido instituído pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, pois limitam-se a inserir pequenas precisões no regime jurídico já em vigor.

Podia pensar-se que resultaria do diploma prejuízo para os accionistas, pelo facto de se estabelecer que respondem pelos prejuízos antes dos credores. Mas trata-se obviamente de uma “clarificação” do regime jurídico, que não altera substancialmente o mesmo, nem constitui uma novidade, pois já era assim na prática à luz da redacção anterior. Com efeito, não pode deixar de entender-se que, embora antes se dissesse apenas que os accionistas e os credores respondiam em primeira linha pelos prejuízos, já era juridicamente certo que não respondiam em igual medida, pois os accionistas eram afectados na sua qualidade de investidores em capital social e os credores na qualidade de detentores de um crédito, em função da hierarquia para eles legalmente estabelecida.

Assim, limitando-se a alteração legislativa a afirmar expressamente a natural prioridade da assunção dos prejuízos pelos accionistas em relação aos credores, que já resultava do regime anterior, pode e deve aplicar-se aqui o entendimento sufragado pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 479/2010, segundo o qual “o facto de o Governo aprovar normas respeitantes a matérias inscritas no âmbito da reserva relativa da Assembleia da República não determina por si só a inconstitucionalidade orgânica dessas normas, sendo também necessário que as mesmas criem um regime jurídico materialmente diverso daquele que até à aprovação dessa nova norma constava dos textos legais emanados pelo órgão de soberania competente”³³.

4. Acresce a este argumento a circunstância de o Decreto-Lei n.º 114-A/2014 ser um acto legislativo do Governo que, ao abrigo do disposto no artigo 112.º/8 da CRP se limita a transpor para o ordenamento jurídico nacional um regime jurídico aprovado por uma Directiva Europeia, mais concretamente, pela já referida Directiva 2014/59/UE.

As considerações feitas em tese geral sobre o alcance da reserva de lei em matérias de direito europeu permitem-nos agora concluir pela *desnecessidade* de a transposição de regimes

³³ Reproduzido no Acórdão n.º 198/2016. No mesmo sentido, v., já anteriormente, os Acórdãos n.º 579/95, n.º 211/2007 e n.º 229/2007.

jurídicos europeus que contendam com matéria de direitos, liberdades e garantias ter de ser realizada por lei parlamentar.

Primeiro, porque a razão de ser da reserva de competência legislativa perde sentido neste caso. O legislador constituinte, ao optar por conferir poderes legislativos ordinários ao Governo, entendeu que a matéria dos direitos, liberdades e garantias deveria ser subtraída da sua competência e ficar reservada ao órgão com legitimidade democrática directa mediante sufrágio (o Parlamento). Ora, quando se trata do direito europeu derivado, a legitimidade para a regulação (incluindo a restrição) dos direitos, liberdades e garantias pertence, de acordo com as regras estabelecidas nos tratados, às instituições europeias e não aos órgãos representativos nacionais, a quem fica reservado o papel complementar de transposição e/ou execução desses regimes normativos primários.

Em segundo lugar, o preconceito de inimizade contra o Executivo, que é outro dos fundamentos para a subtracção ao Governo de competência legislativa em matéria de direitos, liberdades e garantias, também não tem sentido, mesmo que na transposição dos regimes jurídicos se possa aceitar que existe um “espaço de liberdade de conformação normativa” por parte da entidade que efectua aquela transposição. E não tem sentido na medida em que o exercício dessa margem de livre conformação é depois controlado no âmbito da verificação da conformidade do direito nacional com o direito europeu, tenha esta norma sido transposta pelo Governo ou pelo Parlamento. Em outras palavras, se no exercício dessa liberdade de conformação no momento da transposição, o Governo originasse uma violação de direitos fundamentais, essa norma não seria apenas violadora do direito constitucional português, mas também do direito europeu, pois estaria em desconformidade com o regime jurídico objecto de transposição, que respeitaria os parâmetros fundamentais da CDFUE – o que significa, pelas razões já aduzidas, que o controlo caberia em última instância ao TJUE, tenha sido essa norma transposta pelo Governo ou pelo Parlamento, pois ela não é uma emanção do poder democrático nacional e sim do poder democrático europeu.

Aliás, esta interpretação – de que não é exigível que a transposição de regimes jurídicos europeus que contendam com direitos, liberdades e garantias se tenha de efectuar por lei parlamentar – até tem, de algum modo, acolhimento no próprio texto da CRP, mais concretamente na alínea n) do artigo 161.º, que inclui nas competências da Assembleia da República o poder de se pronunciar, nos termos da lei, sobre as matérias pendentes de decisão em órgãos no âmbito da União Europeia que incidam na esfera da sua competência legislativa reservada³⁴. Quer isto dizer que o exercício do poder democrático nacional é procedimentalmente antecipado para a fase do processo legislativo europeu, quando materialmente se regula a disciplina daqueles direitos, uma vez que o mesmo é irrelevante no momento da transposição do regime europeu para o direito nacional.

Não ignoramos que, em sentido diferente, se defende na doutrina que, no caso da transposição de directivas se devem seguir as regras constitucionais em matéria de competência legislativa, o que implica o uso da forma de lei quando incidam sobre a esfera da competência reservada da Assembleia da República³⁵. E que essa posição foi sufragada pelo Tribunal Constitucional, em particular nos Acórdãos n.º 75/13 e n.º 102/16, para quem: “a verificação de um dever internacional de adequação do ordenamento jurídico português a normas de fonte europeia

³⁴ Os autores sublinham a falta de interesse dos deputados por esta matéria, uma vez que o exercício destes poderes depende de uma lei que ainda não foi aprovada, bem como o carácter tímido deste poder parlamentar quando comparado com os poderes semelhantes consagrados em outras Constituições Europeias – v. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, ob. cit.*, pp. 504.

³⁵ Cf. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, *ob. cit.*, pp. 75 e 296.

não desonera o Governo da República de acatar o sistema constitucional de distribuição de competências legislativas”.

No entanto, esta interpretação das disposições constitucionais, pelas razões antes aduzidas, afigura-se-nos excessivamente formalista e desprovida de um fundamento jurídico-material e até jurídico-funcional – em especial naquelas situações em que, como acontece no caso em apreço, se trata de matéria técnico-política, tipicamente governamental, associada à determinação de objectivos temporal e economicamente condicionados, num quadro de organização eficiente e adequada de meios e recursos disponíveis, regulado por uma administração independente.

O artigo 112.º, n.º 8, que estabelece a competência para a transposição de actos jurídicos da União Europeia para ordem interna, refere-se, indistintamente à lei e ao decreto-lei, apenas fazendo referência às “matérias não reservadas aos órgãos de soberania” a propósito da transposição por decreto legislativo regional.

Julgamos, por isso, hermeneuticamente admissível e adequado concluir que o preceito constitucional pode ou deve ser interpretado no sentido de uma *reserva de função legislativa*, que inscreve as matérias de alcance estadual da competência da União Europeia no conjunto de matérias de competência concorrente da Assembleia da República e do Governo – ou então, pelo menos, como uma compressão da reserva parlamentar quando não esteja em causa o seu núcleo essencial, consubstanciado nas leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, sem prejuízo, naturalmente da primazia da Assembleia, assegurada pela apreciação parlamentar dos decretos-leis.

5. Deve, por fim, atentar-se na circunstância de a aprovação da Lei n.º 23- A/2015, de 26 de Março, que transpõe definitivamente para o regime jurídico nacional o disposto na Directiva 2014/59/UE originar *uma insubsistência do eventual vício de inconstitucionalidade orgânica* que pudesse ser imputado ao Decreto-Lei n.º 114-A/2014, na medida em que, ao voltar a inserir as alterações ao regime anterior nos artigos 145.º-B, 145.º-F, 145.º-H, 145.º-I, esta lei do parlamento “reitera e faz suas” normas de conteúdo idêntico às aprovadas pelo diploma governamental que alegadamente enfermaria de falta de competência.

Na realidade, embora tradicionalmente se sustentasse na doutrina a impossibilidade de sanção nas hipóteses de inconstitucionalidade orgânica ou formal, em nome do princípio “*tempus regit actum*”³⁶, a jurisprudência do Tribunal Constitucional estabeleceu que, havendo claro propósito do Parlamento de, em matéria da sua reserva relativa, manter ou reassumir as soluções normativas contidas em decreto-lei não autorizado, seja em sede de avaliação parlamentar, seja através de lei posterior que regule a matéria, não há razão para manter a arguição da inconstitucionalidade orgânica – como se afirma no Acórdão n.º 485/10 e confirma no Acórdão n.º 397/11³⁷.

6. Em síntese – e para finalizar a resposta à primeira questão – diremos que, mesmo para quem, como nós, entenda que também o regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias pode ser aplicável aos direitos análogos, não se verifica, no caso em apreço, a inconstitucionalidade orgânica invocada.

³⁶ Em sentido contrário, v. Rui Medeiros, que sustenta que “no plano jurídico, numa ponderação teleologicamente orientada, não existe qualquer impossibilidade na admissibilidade de uma convalidação orgânica e formal” – v. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, in *Constituição Portuguesa Anotada*, III, 1.ª ed., p. 926. O problema punha-se quanto aos efeitos de uma lei de revisão constitucional que alterasse, por exemplo, a competência legislativa do Parlamento.

³⁷ V. ainda referências nos Acórdãos n.º 145/09, n.º 160/12 e n.º 195/16.

Desde logo, o facto de se tratar de um acto legislativo de transposição para o ordenamento jurídico nacional de um regime jurídico europeu dispensa a exigência de lei parlamentar ou de uma lei de autorização legislativa prévia.

Depois, a circunstância de o Decreto-Lei n.º 114-A/2014 ser uma norma que visa a protecção e a ampliação de direitos constitui um fundamento suficiente para excluir a arguição da respectiva inconstitucionalidade orgânica.

Acresce que, em rigor, o mesmo diploma não criou, afinal, um regime jurídico materialmente diverso daquele que foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, autorizado por lei parlamentar, não ofendendo, por isso, a respectiva reserva de competência legislativa.

Finalmente, não pode esquecer-se que a inconstitucionalidade orgânica dos artigos 145.º-B, 145.º-F, 145.º-H e 145.º-I do RGICSF, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, deixou de poder ser arguida pelo facto de estas disposições terem sido integralmente assumidas pela Assembleia da República, através da aprovação e publicação da Lei n.º 23-A/2015.

2 Ao aditar o artigo 145.º-H, n.º 1, do RGICSF (norma que deverá ser lida à luz dos artigos 145.º-A e 145.º-B) sem ter supostamente densificado os critérios que devem presidir à selecção, pelo BdP, das responsabilidades que devam ou não ser transferidas na sequência da aplicação de uma medida de resolução, é o Decreto-Lei n.º 31-A/2012 inconstitucional por violar o princípio da reserva de lei parlamentar, por estar em causa legislação que incide sobre matéria de direitos fundamentais?

Esta segunda questão circunscreve-se, essencialmente, a problemas que já analisámos na Parte II: saber se a reserva de lei parlamentar em matéria de direitos fundamentais abrange, ou não, todo o âmbito da regulação dessa matéria, e se abrange todos os direitos fundamentais ou apenas os direitos, liberdades e garantias expressamente consagrados no título II da CRP.

1. Vejamos então a questão, tal como se coloca nas circunstâncias do caso concreto.

O artigo 145.º-H³⁸ dispõe que “O Banco de Portugal selecciona os activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão a transferir para o banco de transição no momento da sua constituição”.

Esta *selecção* deve ser fundamentada segundo as *finalidades* da medida de resolução – assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais; acautelar o risco sistémico, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e salvaguardar a confiança dos depositantes (artigo 145.º-A) –; e de acordo com o *princípio orientador* da aplicação de medidas de resolução – assegurar que os accionistas e os credores da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa, de acordo com a respectiva hierarquia e em condições de igualdade dentro de cada classe de credores (artigo 145.º-B, n.º 1)³⁹.

Em relação a este *poder de selecção* que o decreto-lei confere ao Banco de Portugal, havia sido afirmado pelo Parlamento, na lei de autorização legislativa, a propósito do sentido e extensão desta autorização, o seguinte:

³⁸ A redacção dos artigos referidos na pergunta 2, quando não houver outra indicação, refere-se ao Decreto-Lei n.º 31-A/2012.

³⁹ Na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014 ficou expresso que os accionistas respondem prioritariamente em relação aos credores.

- i) “o Governo pode criar um regime de resolução, tendo em vista assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais, evitar o contágio sistémico e eventuais impactos negativos no plano da estabilidade financeira, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e a confiança dos depositantes” (artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 58/2011);
- ii) “fica o Governo autorizado a determinar que, no âmbito da aplicação de qualquer medida de resolução, o Banco de Portugal procura assegurar que os accionistas e os credores das instituições assumem prioritariamente os prejuízos em causa, de acordo com a respectiva hierarquia, com excepção dos depósitos garantidos nos termos dos artigos 164.º e 166.º do RGICSF” (artigo 5.º, n.º 2, da Lei n.º 58/2011);
- iii) fica o Governo autorizado a determinar que, quando as instituições não cumpram ou estejam em risco de não cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da respectiva actividade, o Banco de Portugal pode aplicar as seguintes medidas de resolução: *a)* alienação parcial ou total da actividade a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade em causa; *b)* transferência parcial ou total da actividade para um ou mais bancos de transição” (artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 58/2011);
- iv) “Fica o Governo autorizado, para efeitos do disposto na alínea *b)* do n.º 3, a regular a transferência parcial ou total da actividade para um ou mais bancos de transição, a estabelecer o regime dos bancos de transição e a atribuir competência ao Banco de Portugal para definir as regras aplicáveis à criação e ao funcionamento dos bancos de transição, nos seguintes termos: *a)* o Banco de Portugal pode determinar a transferência, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão das instituições para um ou mais bancos de transição para o efeito constituídos, com o objectivo de permitir a sua posterior alienação a outras instituições autorizadas a desenvolver a actividade em causa; *b)* o Banco de Portugal pode ainda determinar a transferência, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão de duas ou mais instituições incluídas no mesmo grupo para um ou mais bancos de transição, com a mesma finalidade prevista na alínea anterior (...); *d)* os activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão a transferir para o banco de transição devem ser objecto de uma avaliação realizada por uma entidade independente designada pelo Banco de Portugal, a expensas das instituições objecto de medidas de resolução; *e)* Após a transferência prevista nas alíneas anteriores, o Banco de Portugal pode, a todo o tempo: *i)* transferir outros activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão das instituições originárias para o banco de transição; *ii)* transferir activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão do banco de transição para as instituições originárias” (artigo 5.º, n.º 11, da Lei n.º 58/2011).

2. Da transcrição destes artigos infere-se que o *poder de selecção* conferido pelo legislador ao Banco de Portugal foi expressamente previsto pela lei de autorização legislativa, pelo que não se pode dizer que exista uma discrepância entre a lei de autorização legislativa e o decreto-lei autorizado quanto a este ponto. Assim, a pergunta cinge-se, exclusivamente, à questão de saber se, contendo este regime – em especial o *poder discricionário* conferido pelo legislador ao Banco de Portugal quanto à selecção, em concreto, dos elementos a transferir para o banco de transição no momento da sua constituição – com direitos fundamentais, se justificaria aqui a aplicação de um princípio da tipicidade, que obrigasse o legislador da autorização legislativa – o Parlamento – a densificar explicitamente ou a indicar de forma mais densa os critérios para a selecção dos referidos elementos a transferir.

Ora, a resposta a esta questão pressupõe que se tenha em conta a qualificação dos direitos fundamentais afectados pelo regime de resolução, o regime jurídico aplicável a esses direitos, e o significado e alcance da reserva de lei parlamentar em matéria de direitos, liberdades e garantias.

Tivemos já oportunidade de esclarecer que estão em causa direitos consagrados no título III da CRP, mais concretamente, a livre iniciativa privada (artigo 61.º, n.º 1) e o direito de propriedade privada (artigo 62.º), que devem ser considerados direitos de natureza análoga a direitos, liberdades e garantias, e que, por isso, gozam, nos termos do artigo 17.º da Constituição, do regime jurídico aplicável a esta categoria de direitos fundamentais, incluindo, em nossa opinião, o respectivo regime orgânico – isto é, que estamos perante direitos que estão incluídos na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, com o alcance e significado flexível que lhe atribuímos.

2.1. Importa agora tratar, especificamente, do problema da alegada inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, por *insuficiência de densidade do respectivo conteúdo normativo*.

Em concreto, pergunta-se se é admissível que o Governo, tendo sido autorizado a legislar em matérias da reserva parlamentar, *opte por deixar ao critério de uma entidade administrativa* encarregada de aplicar o regime legal da resolução a definição em concreto dos elementos seleccionados para transitar para o banco de transição.

Está em causa o princípio da *determinidade de conteúdo*, como manifestação específica da *reserva de Parlamento*: nas matérias de reserva legislativa parlamentar ou “domínio legislativo por natureza”— que engloba as decisões sobre as matérias consideradas fundamentais para a vida em sociedade, segundo um “princípio de essencialidade”, designadamente, dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos —, exige-se uma *densidade legal acrescida* e, portanto, uma *vinculação mais intensa à lei* (substancial, formal e procedimental) da actividade administrativa (regulamentar ou concreta), excluindo, em princípio, a concessão de poderes discricionários⁴⁰.

No fundo, o que se questiona é saber se os critérios fixados nos artigos 145.º-A e 145.º-B são suficientes para densificar no plano legislativo (normativo) os poderes a exercer pelo órgão competente para aplicar a medida de resolução, ou se, pelo grau de indeterminação que lhes está associado, este pode ser considerado um caso de “fraude à autorização legislativa”, em que o Governo aproveita a autorização legislativa e não cumpre o *poder-dever* para o qual foi autorizado de “esgotar a regulação legislativa do assunto”⁴¹, optando antes por “deslegalizá-la”, remetendo um relevante poder de densificação de uma medida atentatória de direitos fundamentais para a autoridade administrativa, no caso, o Banco de Portugal.

⁴⁰ V. as nossas *Lições de Direito Administrativo*, 4.ª edição, 2015, p. 50, bem como o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 285/92.

⁴¹ Lembre-se, a este propósito, o que se afirmou no Acórdão n.º 285/92 do Tribunal Constitucional: “*Ora, atento o especial regime a que se encontram sujeitas as restrições aos direitos, liberdades e garantias, constante do artigo 18.º da Constituição, em especial do seu n.º 3, e em articulação com o princípio da segurança jurídica inerente a um Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição), forçoso se torna reconhecer que, em função de um critério ou princípio de proporcionalidade a que deverão estar obrigadas as aludidas restrições, uma vez que está em causa a garantia constante do artigo 53.º da Constituição, o grau de exigência de determinabilidade e precisão da lei há-de ser tal que garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso, exacto e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar, diminuindo desta forma os riscos excessivos que, para esses destinatários, resultariam de uma norma indeterminada quanto aos próprios pressupostos de actuação da Administração; e que forneça à Administração regras de conduta dotadas de critérios que, sem jugularem a sua liberdade de escolha, salvaguardem o «núcleo essencial» da garantia dos direitos e interesses dos particulares constitucionalmente protegidos em sede de definição do âmbito de previsão normativa do preceito (Tatbestand); e finalmente que permitam aos tribunais um controlo objectivo efectivo da adequação das concretas actuações da Administração face ao conteúdo da norma legal que esteve na sua base e origem*”.

2.2. A resposta a esta questão não pode ser dada em abstracto, como se o grau de determinação exigido à norma legislativa fosse sempre o máximo, ou sempre idêntico, independentemente das matérias e da sua complexidade material. Pelo contrário, tem de atender-se aos poderes concretamente em causa, para avaliar do cumprimento da reserva legislativa – justamente porque não é apenas um poder, mas um dever conferido pela Constituição.

Ora, o *problema da amplitude de poderes que são transferidos para a autoridade de resolução* (em Portugal, a autoridade de resolução é o Banco de Portugal – artigo 17.º-A da Lei Orgânica do Banco de Portugal⁴²) é um tema controverso, muito tratado pela literatura especializada, e especialmente desenvolvido também no preâmbulo da Directiva 2014/59/UE.

O que resulta, em síntese, destes elementos é o seguinte: *i)* uma medida de resolução é uma intervenção pública concreta na vida de uma entidade privada, que deve estar a cargo de uma entidade administrativa, a quem são conferidos poderes para o efeito; *ii)* a medida de resolução visa, em primeira linha, objectivos de interesse público, como a preservação das funções de importância sistémica e crítica da entidade intervencionada, a protecção dos contribuintes, dos depositantes e investidores cobertos, assim como os fundos e os activos dos clientes; *iii)* a medida de resolução há-de respeitar a liberdade de empresa prevista no artigo 16.º da CDFUE, devendo estar prevista em lei prévia, e devendo os critérios para a sua aplicação respeitar as directrizes aí consagradas; *iv)* a autoridade de resolução, ao adoptar a medida, tem de assegurar que a mesma é adoptada de acordo com os critérios e princípios previamente determinados; *v)* as limitações dos direitos dos accionistas e dos credores devem ser conformes com o artigo 52.º da CDFUE, querendo isto dizer que as restrições impostas devem ser proporcionais e só podem ser aplicadas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros, e, bem assim, respeitar os *standards* de protecção definidos pela CEDH; *vi)* os accionistas e os credores devem poder beneficiar de regras claras em matéria de avaliação dos activos e não sofrer prejuízo superior ao que resultaria da liquidação da instituição; *vii)* as medidas de resolução, precisamente porque são aplicadas em situações de crise e como medidas de gestão da mesma, pressupõem, pela sua natureza, amplos poderes discricionários e as autoridades devem fazer uso desses poderes de forma apropriada, garantindo-se a sindicabilidade judicial do exercício desses poderes e dos actos dele resultantes de acordo com dois critérios: a não desvirtuação das finalidades que a medida de resolução pretende alcançar (o que implica a impossibilidade de suspensão desses actos), e a sua fiscalização ou controle de acordo com o parâmetro de medidas de gestão de crise, o que não impede que o tribunal analise se os dados em que a autoridade de resolução se baseia são factualmente rigorosos, fiáveis e coerentes, se incluem todas as informações relevantes que deverão ser tidas em conta para avaliar uma situação complexa e se podem fundamentar as conclusões tiradas a partir deles. Todas estas dimensões constam do preâmbulo da Directiva 2014/59/UE.

No essencial, o que resulta do regime europeu e da sua análise à luz das regras e princípios da CDFUE é a circunstância de a *medida de resolução ser uma medida necessariamente de natureza administrativa e regulatória*, relativamente à qual, pelas razões especiais de complexidade técnica e contextos de crise e urgência em que tem de ser adoptada, não existe outra forma de assegurar a sua operacionalidade que não seja a partir do reconhecimento de um *espaço de discricionariedade* à autoridade administrativa responsável pela sua aplicação.

⁴² Lei n.º 5/98, de 31 de Janeiro, actualizada, por último, pela Lei n.º 39/2015, de 25 de Maio.

Este espaço de discricionariedade casuística será progressivamente reduzido à medida que forem sendo desenvolvidos os *instrumentos de regulação preventiva*, nos quais se incluem os planos de resolução concebidos pelas próprias instituições financeiras e controlados pela autoridades reguladoras, que, posteriormente, terão os seus poderes mais limitados em função da aprovação destes elementos prévios.

O que resulta do que acabámos de dizer é o facto de este regime, pela sua natureza jurídica, pressupor, *inevitavelmente*, o reconhecimento pelo legislador de um vasto espaço de discricionariedade à autoridade administrativa de resolução.

E importa destacar a este propósito que as dúvidas de constitucionalidade que agora se colocam no plano nacional foram já discutidas no ordenamento do Reino Unido, que foi o primeiro a adoptar um regime deste tipo e com estes contornos da medida de resolução prevista no artigo 145.º-H do Decreto-Lei n.º 31-A/2012. O que os tribunais ingleses concluíram foi que, em questões macro-económicas, como é aqui o caso, as autoridades executivas têm amplos poderes de actuação para poder combater o risco sistémico, o exercício desses poderes envolve um espaço de discricionariedade nos limites da lei – verificação dos pressupostos para a aplicação de uma medida de resolução – e em conformidade com os princípios especiais fixados para estes casos. Uma posição que foi também já sufragada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no acórdão *Grainger v. UK*, de 10 de Julho de 2012 (processo n.º 34940/10)⁴³.

2.3. Em suma, existe efectivamente uma ampla margem de discricionariedade conferida pelo legislador ao Banco de Portugal na selecção dos elementos que devem passar para o banco de transição, que se justifica por se tratar de uma *decisão estratégica*, gizada para o caso concreto de acordo com as condicionalidades existentes.

Mas não se pode dizer que o legislador não tenha densificado os critérios para o exercício da daquele poder. Com efeito, o legislador foi até ao limite que era possível e praticável nesta matéria, densificando os pressupostos para a aplicação de uma medida de resolução e os princípios a que o Banco de Portugal se subordina no contexto da respectiva aplicação, mas é impossível, neste caso, neutralizar completamente a margem de discricionariedade da autoridade administrativa. Uma impossibilidade que se explica também por ser um poder extraordinário e de última linha, a exercer em contexto de crise e urgência, para salvaguardar interesses públicos essenciais.

3 O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, que alterou o RGICSF, padece de inconstitucionalidade orgânica (ou de ilegalidade qualificada), em especial no que diz respeito aos n.ºs 2 e 3 do artigo 145.º-H, por alegadamente exceder o âmbito de autorização legislativa presente na Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro?

1. Em terceiro lugar, questiona-se se existe uma inconstitucionalidade orgânica pelo facto de os n.ºs 2 e 3 do artigo 145.º-H Decreto-Lei n.º 31-A/2012 *excederem o âmbito da autorização legislativa* presente na Lei n.º 58/2011.

⁴³ Sobre a dificuldade em conseguir um concreto balanceamento entre os interesses públicos subjacentes a uma medida de resolução e a garantia dos direitos dos accionistas e credores v. HÜOKES, «Special Bank Resolution and Shareholders' Rights: Balancing Competing Interests», *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 2009, pp. 277-301.

Os preceitos questionados dispõem o seguinte:

“2 - Não podem ser transferidas para o banco de transição quaisquer obrigações contraídas pela instituição de crédito originária perante: *a)* os respectivos accionistas, membros dos órgãos de administração ou de fiscalização, revisores oficiais de contas ou sociedades de revisores oficiais de contas ou pessoas com estatuto semelhante noutras empresas que se encontrem em relação de domínio ou de grupo com a instituição; *b)* as pessoas ou entidades que tenham sido accionistas, exercido as funções ou prestado os serviços referidos na alínea anterior nos quatro anos anteriores à criação do banco de transição, e cuja acção ou omissão tenha estado na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito ou tenha contribuído para o agravamento de tal situação; *c)* os cônjuges, parentes ou afins em 1.º grau ou terceiros que actuem por conta das pessoas ou entidades referidos nas alíneas anteriores; *d)* os responsáveis por factos relacionados com a instituição de crédito, ou que deles tenham tirado benefício, directamente ou por interposta pessoa, e que estejam na origem das dificuldades financeiras ou tenham contribuído, por acção ou omissão no âmbito das suas responsabilidades, para o agravamento de tal situação, no entender do Banco de Portugal”;

“3 — Não podem ainda ser transmitidos para o banco de transição os instrumentos utilizados no cômputo dos fundos próprios da instituição de crédito cujas condições tenham sido aprovadas pelo Banco de Portugal”.

A Lei n.º 58/2011, em relação a este ponto, estipula no seu artigo 5.º, n.ºs 2 e 10, o seguinte:

“2 — Fica o Governo autorizado a determinar que, no âmbito da aplicação de qualquer medida de resolução, o Banco de Portugal procura assegurar que os accionistas e os credores das instituições assumem prioritariamente os prejuízos em causa, de acordo com a respectiva hierarquia, com excepção dos depósitos garantidos nos termos dos artigos 164.º e 166.º do RGICSF”;

“10 – Fica o Governo autorizado a regular a alienação total ou parcial da actividade das instituições, nos seguintes termos: *a)* o Banco de Portugal pode determinar a alienação, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão das instituições a uma ou mais instituições autorizadas a desenvolver a actividade em causa, convidando-as a apresentarem propostas de aquisição”.

2. No fundo, a pergunta consiste em saber se a exclusão do leque de activos a transferir para o banco de transição (os “activos bons”) das obrigações contraídas pela instituição de crédito que se encontra em situação iminente de perda da autorização e entrada em processo de liquidação (pressupostos da aplicação da medida de resolução) constitui uma *restrição aos direitos dos accionistas e das outras pessoas e entidades abrangidas* por essa medida, restrição alegadamente não autorizada pela lei de autorização legislativa.

Ora, salvo melhor opinião, parece-nos que a autorização para a adopção desta solução normativa pelo Governo resulta, desde logo, do disposto no n.º 2 do artigo 5.º da lei de autorização legislativa.

Os efeitos práticos decorrentes da aplicação da solução cuja constitucionalidade orgânica se questiona são a responsabilização dos accionistas e dos demais abrangidos pelos prejuízos decorrentes da medida de resolução. Ao não serem transferidas as obrigações contraídas pela instituição de crédito resolvida perante si, estes vêem as suas obrigações (direitos de crédito) ficarem na dependência do que vier a ser obtido como receita da liquidação dos activos tóxicos não transferidos, o que, na prática, determina, quase sempre, a perda desses direitos de crédito.

Trata-se, por conseguinte, de uma solução que corresponde integralmente à realização do princípio que informa o regime das medidas de resolução, segundo o qual os accionistas assumem prioritariamente os prejuízos decorrentes da resolução – e, nesta medida, a solução adoptada no artigo 145.º H/2 e 3 do Decreto-Lei n.º 31-A/2012 encontra a correspondente autorização legislativa no n.º 2 do artigo 5.º da Lei n.º 58/2011.

3. Por outro lado, também não é correcto afirmar que houve excesso do Governo, por não estar expressamente autorizada pela Assembleia da República a proibição de transmissão das obrigações em causa.

É certo que a lei de autorização legislativa obedece aos requisitos estipulados no artigo 165.º, n.º 2, da Constituição, estando obrigada a definir o objecto, o sentido e a extensão da autorização, e que, portanto, vale aqui o princípio da especialidade, no sentido de que são proibidas autorizações legislativas genéricas⁴⁴.

O controlo deste princípio faz-se, porém, como veremos melhor na resposta à pergunta seguinte, avaliando se a solução consagrada no decreto-lei autorizado corresponde ao sentido indicado na lei de autorização, e não exigindo que a lei de autorização refira, pormenorizada e exaustivamente, as soluções a consagrar no diploma autorizado. Como se afirma consensualmente na doutrina, “a lei de autorização tem de definir o sentido da autorização, quer dizer, o objectivo e o critério da disciplina legislativa a estabelecer, a condensação dos princípios ou a orientação fundamental a seguir pelo decreto-lei”⁴⁵ – e não mais que isso.

É verdade que, por vezes, seja pela importância da matéria, seja por razões práticas, o Governo apresenta à Assembleia da República propostas de lei de autorização extremamente minuciosas, estando já antecipadamente preparado o texto do decreto-lei que pretende aprovar – mas isso não corresponde a um imperativo constitucional, muito menos a uma obrigação cujo incumprimento possa afectar a validade do diploma legislativo.

4. De resto, se interligarmos a questão formulada nesta pergunta com a formulada na pergunta anterior, verificamos que o problema não se coloca aqui no facto de o legislador conceder discricionariedade à autoridade reguladora. Pelo contrário, estamos perante um caso em que o legislador decidiu densificar o princípio da responsabilidade de primeira linha dos accionistas e credores relativamente aos prejuízos decorrentes da medida de resolução, identificando um conjunto de elementos que não podem passar para o banco de transição, e reduzindo, assim, a margem de selecção do Banco de Portugal. E não se pode dizer que essa densificação de critérios no plano normativo consubstancie uma intromissão da função legislativa no domínio da função administrativa- executiva, pois tratando-se da regulação de uma matéria que substancialmente contende com direitos fundamentais, tem toda a propriedade, como afirmámos antes, que o legislador leve a sua função de densificação do regime até onde ela seja adequada e possível.

5. Acresce que também não tem sentido neste caso falar-se em *ilegalidade qualificada* para sustentar que o n.º 11 do artigo 5.º da Lei n.º 58/2011 só permitiria ao Governo atribuir competência ao Banco de Portugal para que fosse este a determinar, na sua totalidade, o regime

⁴⁴ Cf., por todos GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, *ob. cit.*, p. 337.

⁴⁵ Cf. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, *ob. cit.*, pp. 539

da transferência parcial ou total de activos, passivos e outros elementos extrapatrimoniais⁴⁶. Este preceito da lei de autorização, pelo seu grau de especificação, não permitiria ao Governo fixar, em abstracto, os pressupostos, os requisitos e os limites do exercício dessa competência pelo Banco de Portugal.

Esta seria uma interpretação “contra-natura” do que é e deve ser uma lei de autorização legislativa, designadamente na matéria de direitos, liberdades e garantias, em que se exige, como já dissemos, uma densidade reguladora normativa qualificada, dentro do que a praticabilidade permite.

Assim, a referida norma tem de ser interpretada como uma *norma de competência*, que autoriza o Governo a investir o Banco de Portugal nos poderes de resolução, sem prejuízo de uma densificação normativa em abstracto desses poderes – não faz sentido que seja vista como uma lei de habilitação do Banco de Portugal, que estabeleça um domínio de reserva de administração.

6. Em suma, não nos parece que o disposto no artigo 145.º-H/2 e 3 do Decreto-Lei n.º 31-A/2012 possa, em qualquer hipótese, configurar um caso de inconstitucionalidade orgânica por exceder o âmbito da autorização legislativa.

Em primeiro lugar, porque as medidas aí previstas correspondem integralmente a uma realização pelo legislador autorizado dos critérios (sentido e extensão) previstos no artigo 5.º da Lei de autorização (Lei n.º 58/2011), no que respeita à concretização da responsabilidade de primeira linha dos accionistas perante os prejuízos decorrentes da medida de resolução.

Em segundo lugar, porque se trata de um caso em que, sendo mais intensa a restrição dos direitos dos accionistas e de outros sujeitos colocados em posição semelhante (obrigacionistas da entidade financeira objecto da medida de resolução), tem sentido que a solução seja logo definida ao nível legislativo, reduzindo, conseqüentemente, neste particular, o poder discricionário da autoridade de resolução, *i. e.*, do Banco de Portugal.

⁴⁶ É o seguinte o texto do preceito: “1 - Fica o Governo autorizado, para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 3, a regular a transferência parcial ou total da actividade para um ou mais bancos de transição, a estabelecer o regime dos bancos de transição e a atribuir competência ao Banco de Portugal para definir as regras aplicáveis à criação e ao funcionamento dos bancos de transição, nos seguintes termos:

a) O Banco de Portugal pode determinar a transferência, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão das instituições para um ou mais bancos de transição para o efeito constituídos, com o objectivo de permitir a sua posterior alienação a outras instituições autorizadas a desenvolver a actividade em causa; b) O Banco de Portugal pode ainda determinar a transferência, parcial ou total, de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão de duas ou mais instituições incluídas no mesmo grupo para um ou mais bancos de transição, com a mesma finalidade prevista na alínea anterior; c) O capital social do banco de transição é detido pelo Fundo de Resolução; d) Os activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão a transferir para o banco de transição devem ser objecto de uma avaliação realizada por uma entidade independente designada pelo Banco de Portugal, a expensas das instituições objecto de medidas de resolução; e) Após a transferência prevista nas alíneas anteriores, o Banco de Portugal pode, a todo o tempo: i) Transferir outros activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão das instituições originárias para o banco de transição; ii) Transferir activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão do banco de transição para as instituições originárias; f) O Banco de Portugal determina o montante do apoio financeiro a prestar pelo Fundo de Resolução, caso seja necessário para a criação e o desenvolvimento da actividade do banco de transição, nomeadamente através da concessão de empréstimos ao banco de transição para qualquer finalidade ou da disponibilização dos fundos considerados necessários para a realização de operações de aumento de capital do banco de transição; [...].

4 A Lei n.º 58/2011 é inconstitucional por desrespeitar as exigências de densificação e de determinabilidade que devem estar presentes nas leis de autorização legislativa?

A resposta a esta questão já se encontra praticamente contida nas respostas às questões precedentes.

Uma lei de autorização legislativa não é uma lei que vise produzir efeitos externos, só atingindo os respectivos destinatários por meio do decreto-lei (ou decreto legislativo regional) autorizado – mas também não é uma lei meramente formal.

Já lembrámos que o artigo 165.º, n.º 2, da CRP lhe impõe um conteúdo mínimo na regulação do exercício da competência legislativa autorizada ao Governo, o qual abrange, além da definição do *objecto da autorização*, ou seja, do concreto assunto ou tema sobre o qual o Governo fica autorizado a legislar, o *sentido e extensão da autorização* – isto é, segundo o já mencionado *princípio da especialidade*, da lei de autorização legislativa há-de resultar um conteúdo mínimo quanto ao que serão as futuras medidas adoptadas pelo decreto-lei autorizado (sendo possível prever o seu conteúdo), embora esta característica não signifique que a lei de autorização contenha ou deva conter a referência às concretas soluções normativas que serão consagradas no decreto-lei autorizado⁴⁷.

É por isso que se entende, por exemplo, que, no caso de haver um veto político ao decreto-lei autorizado, o Governo possa emanar novo diploma ao abrigo da mesma lei de autorização legislativa⁴⁸, pois esta hipótese não se limita a revelar que a autorização só se considera utilizada quando exista um acto legislativo que altere a ordem jurídica e tenha efeitos externos, significa, também, que existe um espaço de liberdade de conformação do Governo na concretização do regime legislativo emanado ao abrigo de uma autorização legislativa.

Assim, quando se questiona a densificação e a determinabilidade desta concreta lei de autorização legislativa – a Lei n.º 58/2011 – pergunta-se, essencialmente, se a mesma define com suficiente clareza e densidade o objecto da autorização e o respectivo sentido e extensão.

Se aplicarmos os testes sugeridos pela doutrina para o efeito⁴⁹, veremos que a referida lei responde positivamente a todos eles. Referimo-nos: *i)* ao *critério da autodecisão*, verificando, a partir da posição da entidade autorizante, se com o disposto na lei se está a antecipar a disciplina básica do decreto-lei autorizado; *ii)* ao *critério do programa*, apurando, da perspectiva dos cidadãos, se da leitura da lei é possível antecipar o sentido e os casos que serão abrangidos pelo decreto-lei autorizado; e *iii)* ao *critério de previsibilidade*, avaliando, também da perspectiva dos interessados, se é ou não possível, pela leitura do diploma, reconhecer o complexo de direitos e deveres e ainda a orientação básica da disciplina jurídica a contemplar no diploma autorizado.

Efectivamente, da leitura do respectivo artigo 1.º é possível compreender que o Governo foi autorizado a instituir um regime legal que incluirá medidas de resolução (elas integram o objecto da autorização), e da leitura do artigo 5.º da mesma lei é possível antever, com total clareza e determinabilidade: *i)* os princípios orientadores da medida de resolução; *ii)* os efeitos que dela decorrem para os accionistas, credores e depositantes; *iii)* os pressupostos para a respectiva

⁴⁷ Sobre a questão do conteúdo mínimo (pressupostos de conformidade jurídico-constitucional) de uma lei de autorização legislativa v., por todos, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, *ob. cit.*, pp. 336-341; Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, *ob. cit.*, pp. 538-541. O conteúdo mínimo da lei de autorização legislativa abrange ainda o prazo para a aprovação do decreto-lei autorizado, uma dimensão que não contende com a questão suscitada.

⁴⁸ V., por todos, Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, *ob. cit.*, p. 539.

⁴⁹ V. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 768.

aplicação; *iv*) a entidade competente para tomar essa decisão e os princípios e limites que balizam o poder discricionário dessa entidade na tomada da medida de resolução; *v*) as consequências que daí advêm para os administradores da instituição financeira que é objecto da medida de resolução e para os administradores nomeados para o banco de transição; *vi*) os elementos a transferir segundo a decisão da autoridade de resolução e alguns elementos cuja transferência não é autorizada; *vii*) as formas possíveis de financiamento da medida e os critérios a adoptar pela autoridade da resolução no âmbito da referida operação de financiamento; *viii*) as medidas futuras a adoptar pela instituição de transição até ao seu regresso ao mercado e as regras aplicáveis à liquidação, se for o caso.

Trata-se, por conseguinte, e até por comparação com outras leis de autorização legislativa, de um regime legal especialmente denso e cuidado, que responde positivamente aos *critérios da determinabilidade e de densificação* que devem estar presentes neste tipo de actos legislativos, desde logo para permitir o controlo substantivo dos decretos-lei autorizados⁵⁰.

5 Pelo facto de não prever um mecanismo indemnizatório para os accionistas na sequência da aplicação de uma medida de resolução, o RGICSF (ou, em especial, o artigo 145.º-I, n.º 4, do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, e mantido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto) viola o disposto no artigo 62.º, n.º 2, da C.R.P.?

1. O que aqui se questiona é o regime jurídico aplicável aos accionistas de um banco ou de outra instituição financeira que seja objecto de uma medida de resolução.

De acordo com o princípio de que os accionistas assumem prioritariamente os prejuízos que resultam da resolução, estabeleceram-se as seguintes regras:

- i) a entidade de resolução selecciona os activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão a transferir para o banco de transição, um elenco do qual não podem fazer parte as obrigações contraídas pela instituição de crédito originária perante os respectivos accionistas (artigos 145.º-H, n.ºs 1 e 2);
- ii) estes “bens” são administrados no âmbito da instituição de transição, mas tendo em vista a sua futura alienação para outras instituições autorizadas a desenvolver a actividade (artigo 145.º-I, n.º 1);
- iii) durante este período de administração pode ser necessário financiamento, o qual deve ser assegurado pelo Fundo de Resolução (artigo 145.º-H, n.º 6) e, em certos casos, também pelo Fundo de Garantia de Depósitos ou pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo (artigo 145.º-H, n.º 7);
- iv) do mesmo modo, não sendo abrangidos pela medida de resolução os depósitos garantidos, pode ser necessário que o Fundo de Garantia dos Depósitos tenha de satisfazer direitos dos depositantes (artigos 145.º-B, n.º 2, 164.º e 166.º);

⁵⁰ É do confronto entre o conteúdo do decreto-lei autorizado e o sentido da autorização legislativa fixada na lei de autorização que se pode posteriormente concluir, ou não, pela inconstitucionalidade orgânica do primeiro – como se pode ver no caso julgado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 273/99.

- v) por último, os activos e passivos tóxicos, assim como os direitos obrigacionistas dos accionistas são mantidos e geridos pela autoridade de resolução tendo em vista a sua liquidação.

Neste cenário, uma vez realizada a venda do banco de transição, o produto dessa alienação deve, segundo o disposto no artigo 145.º-I, n.º 3, ser prioritariamente destinado, em termos proporcionais, à devolução: ao Fundo de Resolução, de todos os montantes disponibilizados nos termos do n.º 6 do artigo 145.º-H; ao Fundo de Garantia de Depósitos ou ao Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo, de todos os montantes disponibilizados nos termos do n.º 7 do artigo 145.º-H.

Assim se compreende a disposição normativa aqui em apreço – o artigo 145.º-I, n.º 4 – segundo a qual, após a devolução dos montantes antes referidos, o eventual remanescente do produto da alienação é devolvido à instituição de crédito originária ou à sua massa insolvente, caso aquela tenha entrado em liquidação⁵¹.

Isto quer dizer que os accionistas serão os últimos a receber uma compensação pelos prejuízos decorrentes da medida de resolução e que, em muitos casos, podem não vir a receber qualquer quantia, o que significa que os seus prejuízos ficam por reparar. A questão que se coloca é então a de saber se este regime jurídico viola ou não o disposto no artigo 62.º, n.º 2, da CRP, ou seja, o direito de propriedade dos accionistas.

A resposta a esta questão pressupõe que analisemos três tópicos: a qualificação dos direitos dos accionistas como direito de propriedade constitucionalmente protegido; a natureza do direito fundamental de propriedade e o respectivo conteúdo e alcance; a análise da proporcionalidade da medida de resolução no balanceamento entre os direitos dos accionistas e a promoção dos interesses públicos que a legitimam.

2. Como já aludimos na Parte II, existe vária jurisprudência nacional e internacional sobre a qualificação, ou não, dos direitos dos accionistas como uma refração ou dimensão concretizadora do direito de propriedade constitucionalmente protegido.

2.1. No plano nacional, a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem deixado claro o entendimento de que a garantia do direito de propriedade privada consagrada no artigo 62.º da CRP tem duas dimensões essenciais: *i)* um *radical subjectivo* fundamentado na igualdade perante os encargos públicos, segundo o qual se reconhece um direito (análogo a direitos, liberdades e garantias) subjectivo a não ser privado da propriedade, salvo por razões de utilidade pública, e apenas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização (Acórdãos n.ºs 329/99 e 421/09); *ii)* uma *dimensão objectiva e institucional*, cujo destinatário é o legislador, a quem se comete o encargo de compaginar a regulação do direito de propriedade com todos os imperativos constitucionais que nele se projectam e que consubstanciam o que este tribunal designa como “cláusula legal de conformação social da propriedade” (Acórdãos n.º 617/07 e 421/09).

Isto significa que, perante um regime jurídico que consubstancie uma restrição do direito de propriedade – de qualquer uma das suas dimensões constitucionalmente protegidas, ou seja, liberdade de adquirir bens (acesso à propriedade), liberdade de uso e fruição, liberdade de transmissão e direito a não ser arbitrariamente privado da propriedade⁵² – a primeira tarefa do interprete é analisar se estamos perante a imposição de um *sacrifício especial e anormal* à luz do

⁵¹ Veja-se, sobre o conceito de remanescente, o artigo 184.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE).

⁵² GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, *ob. cit.*, pp. 803-805.

princípio da igualdade perante os encargos públicos, justificador do direito a uma indemnização, ou perante a mera *conformação legal da propriedade*, através da delimitação genérica do seu conteúdo e limites (Acórdão n.º 480/14). Trata-se, nesta segunda dimensão, segundo palavras do Tribunal Constitucional, de uma “hipoteca social imposta pelo sistema de valores constitucionais que paira sobre a propriedade privada” (Acórdão n.º 326/15).

E os regimes jurídicos – como o que está aqui em apreço – que aparentemente se traduzem na privação forçada da propriedade são também característicos das relações jurídicas de direito privado, onde se impõem regras de regulação racional, como sucede na *perda de titularidade de participações* sociais nos regimes jurídicos das sociedades comerciais e da insolvência, que o Tribunal Constitucional qualifica como conformação legal da propriedade através da delimitação genérica do seu conteúdo e limites (Acórdão n.º 491/02).

Neste contexto, parece-nos que também o regime da *medida de resolução* se deve reconduzir a um caso de *conformação legal da propriedade* através da delimitação genérica do seu conteúdo e limites, pois do que se trata não é de um acto de apropriação pública de direitos patrimoniais privados (não existe intenção ablativa ou aquisitiva por parte do Estado das participações sociais e demais direitos patrimoniais dos accionistas), mas tão-só de uma medida extrema e de *ultima ratio*, que incide sobre uma instituição financeira sempre que esta, para além de estar em situação iminente de perda do direito de autorização para o exercício da actividade e entrada em processo de liquidação, represente um perigo significativo para a estabilidade do sistema financeiro.

Dir-se-á que é bem possível, como já vimos, que no fim do processo de resolução – *i.e.*, terminada a intervenção pública sobre a instituição financeira –, os accionistas não consigam sequer obter o valor correspondente às suas participações sociais e demais direitos patrimoniais sobre aquela instituição. E a questão é, por tudo quanto vimos de dizer e analisar em relação a este regime jurídico, bastante complexa, desde logo no que respeita à *avaliação* que esses direitos têm no momento da resolução – sabendo-se que a instituição já se encontra em situação de iminente liquidação – e às quantias que podem resultar no fim desse processo.

No fundo, o que este regime jurídico trouxe de novo em relação a um processo de liquidação é a tentativa de “salvar” a instituição, mas mantendo a hierarquização dos créditos e as consequências patrimoniais que hipoteticamente resultariam da referida liquidação para cada um dos accionistas, credores ou potenciais credores.

Ao erigir-se o instituto sobre o princípio da responsabilização financeira principal dos accionistas, é óbvio que se toma também como pressuposto a existência de responsabilidade por parte destes em relação à situação de insolvência a que a instituição financeira chegou, impondo-lhes um sacrifício patrimonial, que consiste em fazer depender o ressarcimento dos seus direitos patrimoniais sobre a instituição da existência de um saldo positivo no fim da operação. Uma consequência que é resultante da especial relação que estes – designadamente quando sejam administradores e accionistas qualificados da instituição bancária – têm como o banco face ao comum dos credores, na medida em que dispõem de mais e melhor informação sobre o destino do banco e podem exercer influência na tomada de deliberações do respectivo conselho de administração ou na orientação geral da sua gestão⁵³.

⁵³ Relativamente aos pequenos accionistas e aos titulares de obrigações subordinadas, a responsabilidade decorre do risco assumido, remunerado por dividendos ou por juros, em alguns casos superiores aos normalmente praticados no mercado.

A pergunta é a de saber se o regime consubstancia um sacrifício especial e anormal dos accionistas e dos credores ou se esta responsabilidade se pode considerar como um custo social que deva ser por eles suportado.

Ora, atendendo às soluções alternativas – alternativas reais que vigoraram antes do regime da resolução e às quais o mesmo pretendeu pôr fim, que passavam por infligir esse sacrifício, em igual medida, a accionistas, credores e aos contribuintes – poderemos dizer que a solução agora concebida é mais justa, pois que coloca na primeira linha da responsabilidade aqueles que deram causa (ou não fizeram o suficiente para evitar) à situação patrimonial a que a instituição financeira chegou, e, também quem beneficiou (ou podia ter beneficiado) dos proveitos gerados pela instituição.

No fundo, a situação de perda de direitos patrimoniais que os accionistas e credores sofrem não é uma consequência directa da medida de resolução, mas sim das suas actuações ou omissões que conduziram a instituição financeira à situação de iminente liquidação que é pressuposto da medida de resolução, ou do risco assumido, em vista dos benefícios que, em situação normal obteriam da sua posição.

A resolução não é um acto ablativo dos seus direitos, mas apenas um instrumento de realização do princípio da igualdade perante os encargos públicos, que, neste caso, procura atingir dois objectivos: manter a instituição financeira a funcionar regularmente, e chamar à primeira linha da responsabilidade aqueles que deram causa aos prejuízos ou que são objectivamente responsáveis pelos danos causados pela situação financeira a que chegou o banco e que justificou a aplicação da medida de resolução.

2.2. Entre nós, o Tribunal Constitucional não teve ainda possibilidade de se pronunciar sobre a conformidade constitucional da medida de resolução com a garantia da propriedade privada consagrada no artigo 62.º da CRP, mas no plano internacional esta foi já uma questão debatida e decidida.

Embora não haja ainda decisões judiciais sobre a conformidade constitucional do regime jurídico europeu relativo à medida de resolução propriamente dita, existe o “precedente” britânico referente à intervenção do Banco de Inglaterra no *Northern Rock*, segundo as regras do *Banking (Special Provisions) Act 2008*⁵⁴, diploma que precedeu, a título de “legislação de urgência”, o já mencionado *Banking Act 2009*⁵⁵, que, como já dissemos, influenciou directamente o regime jurídico português adoptado antes da Directiva 2014/59/UE, assim como o regime jurídico europeu que hoje consta da mesma, cujas normas estão aqui em apreço.

Os accionistas do Northern Rock intentaram, em 2008, uma acção judicial contra o Estado Inglês, alegando que as normas aplicadas na referida intervenção violavam o *Human Rights Act 1998*, que transpunha para o direito britânico a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mais concretamente, a protecção do direito de propriedade privada, consagrado no artigo Primeiro do Protocolo Adicional n.º 1, na medida em que a referida intervenção consubstanciava uma nacionalização dos seus direitos patrimoniais sem que lhes tivesse sido outorgada como contrapartida um valor justo a título de indemnização.

⁵⁴ Ao abrigo deste regime legal foram resolvidas quatro instituições financeiras: o *Northern Rock*, o *Bradford & Bingley*, o *Kaupthing Singer & Friedlander* e o *Heritable Bank*.

⁵⁵ Já na vigência deste diploma foram resolvidas outras duas instituições financeiras: o *Dunfermline Building Society* e a *Southsea Mortgage and Investment Company*.

O Supremo Tribunal britânico rejeitou os argumentos dos accionistas e acolheu a fundamentação do Tesouro, considerando que a intervenção tinha como fundamento a protecção do interesse público (estabilidade do sistema financeiro e protecção dos depositantes) e não a protecção dos accionistas, como sucede em outro tipo de medidas de intervenção pública em empresas, e acrescentou ainda que estes (os accionistas) não poderiam arrogar-se o direito a qualquer valor patrimonial a título de compensação, na medida em que havia sido o Banco de Inglaterra a assegurar a liquidez da instituição financeira, para permitir que a mesma continuasse a operar após o estado de insolvência a que chegara, e que isso significava que o valor correspondente às participações sociais dos accionistas no momento da “nacionalização” era um valor negativo⁵⁶.

Inconformados, os accionistas ainda recorreram para o TEDH, que esclareceu que o artigo 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 contempla três regras: *i)* o princípio do livre gozo da propriedade; *ii)* as condições em que pode ser admitida a desapropriação; e *iii)* o reconhecimento da legitimidade do Estado para determinar as condições do gozo da propriedade em conformidade com o interesse público. Para o TEDH estas três dimensões não são estanques e por isso nenhuma privação da propriedade é admitida a não ser que esteja fundada numa justa ponderação entre os interesses privados e o interesse público. Mas o TEDH reconheceu também que os Estados estão em melhor posição para avaliar e determinar o interesse público e que esta “margem de apreciação dos Estados” é ainda mais alargada quando estão em causa medidas de natureza económico-social, reservando-se o tribunal, nestes casos, o papel de interventor apenas quando as medidas adoptadas sejam desprovidas de um fundamento razoável. E o Tribunal acrescenta ainda que em alguns casos – sobretudo de promoção de maior justiça social ou de reformas económicas – é admissível e compreensível que as indemnizações não correspondam ao valor de mercado.

Em relação ao caso concreto, o Tribunal europeu reconheceu que os direitos patrimoniais dos accionistas estavam abrangidos pela protecção do artigo 1.º do Protocolo Adicional n.º 1, mas que a sua privação por força da medida adoptada pelo Tesouro havia sido justificada por um interesse público. Mais, o tribunal considerou, como já afirmámos antes, que, neste caso, o esquema de indemnização previsto na lei – equivalente ao que se aplicou no caso português – teria de ser entendido e interpretado no contexto da justiça das medidas de intervenção financeira adoptadas para evitar o risco sistémico e que, nesse enquadramento, as regras concebidas não se afiguravam desprovidas de um fundamento razoável, pelo que se integravam na “margem de apreciação” do Estado, não cabendo àquele Tribunal substituir-se à decisão e à valoração já realizadas no plano nacional⁵⁷.

3. Em suma, o esquema de compensação (residual) dos accionistas previsto no artigo 145.º-I, n.º 4 do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 31- A/2012, de 10 de Fevereiro, constitui um instrumento de realização do princípio da igualdade perante os encargos públicos, que não configura a imposição de um sacrifício especial e anormal aos accionistas, integrando, por isso, um tipo de conformação legal da propriedade através da delimitação genérica do seu conteúdo e limites.

⁵⁶ Cf. R (on the applications of (1) SRM Global Master Fund LP (2) RAB Special Situations (Master) Fund Limited (3) Dennis Grainger and others) v The Commissioners of Her Majesty's Treasury [2009] EWCA Civ 788.

⁵⁷ Cf. *Grainger v. UK*, de 10 de Julho de 2012 (processo n.º 34940/10).

6 Ao dispensar, no âmbito da resolução de uma instituição de crédito, um tratamento distinto aos interesses dos credores e aos dos accionistas do banco resolvido, o artigo 145.º-B do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, é inconstitucional por violação do princípio da igualdade e por não ter o carácter geral e abstracto que devem assumir as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias?

1. A modificação legislativa introduzida pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, com a alteração da redacção do artigo 145.º-B do RGICSF, por efeito da transposição parcial para o ordenamento jurídico interno da Directiva 2014/59/UE, consistiu em introduzir uma modificação na redacção daquela norma em matéria de tratamento dos accionistas e dos credores no contexto da aplicação de uma medida de resolução, passando a ficar expresso que os credores respondem em segunda linha relativamente aos accionistas e de acordo com a hierarquia de prioridade das várias classes de credores (uma hierarquia que segue as regras em matéria de insolvência⁵⁸) e, ainda, introduzindo a já referida “cláusula-limite” da responsabilidade dos credores, segundo a qual estes não podem assumir no contexto da aplicação de uma medida de resolução um prejuízo maior do que aquele que assumiriam no caso de a instituição financeira ser liquidada.

A pergunta que agora se coloca é a de saber se a introdução desta diferença de tratamento, que decorre do princípio enunciado na Directiva, consubstancia ou não uma *violação do princípio da igualdade*. E sobre este ponto importa discutir dois aspectos: *i)* a “ponderação” que resulta da Directiva quanto à diferença de tratamento entre accionistas e credores à luz do princípio da igualdade consagrado no artigo 20.º da CDFUE; *ii)* a existência, ou não, de fundamentos, a nível nacional, para formular um juízo de igualdade diferente do estabelecido a nível europeu.

2. É a própria Directiva que enuncia o princípio de que este regime jurídico – o da *medida de resolução* – há-de assegurar que “os accionistas sejam os primeiros a suportar as perdas e que os credores suportem as perdas a seguir aos accionistas, desde que nenhum credor sofra perdas superiores às que teria sofrido se a instituição tivesse sido liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência, em conformidade com o princípio segundo o qual «nenhum credor deverá ficar em pior situação»” (referido no considerando 5 da Directiva 2014/59/EU).

Acrescenta ainda que “as autoridades de resolução deverão tomar todas as medidas adequadas para assegurar que as medidas de resolução sejam tomadas de acordo com determinados princípios, nomeadamente os seguintes: os accionistas e credores suportam uma parte adequada das perdas, os membros do órgão de administração deverão em princípio ser substituídos, os custos da resolução da instituição são minimizados, e os credores de uma mesma categoria são tratados de forma equitativa.

Em especial, sempre que os credores de uma mesma categoria sejam tratados de forma diferente no âmbito de uma medida de resolução, tal distinção deverá justificar-se por razões de interesse público e não deverá ser directa nem indirectamente discriminatória em razão da nacionalidade” (considerando 47 da Directiva 2014/59/UE).

E, por último, “tendo em vista proteger o direito dos accionistas e dos credores, deverão ser definidas obrigações claras no que respeita à avaliação dos activos e passivos da instituição objecto de resolução e, sempre que exigido nos termos da presente directiva, à avaliação do

⁵⁸ Cf. artigo 36.º/8 da Directiva 2014/59/UE.

tratamento que os accionistas e credores receberiam se a instituição tivesse sido liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência” (considerando 51 da Directiva 2014/59/UE).

Existe, pois, uma intenção deliberada do regime jurídico europeu em estabelecer um *tratamento diferente* entre os accionistas e os credores, mas isso, em si, não é suficiente para sustentar uma violação do princípio da igualdade.

O TJUE teve já oportunidade de especificar a sua metódica de controlo do princípio da igualdade de tratamento em relação a actos da União.

No Acórdão *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* (proc. C-127/07) pode ler-se: *i)* a violação do princípio da igualdade de tratamento através de um tratamento diferenciado pressupõe que as situações em causa sejam comparáveis no que respeita a todos os elementos que as caracterizam (§25); *ii)* os elementos que caracterizam situações diferentes e, portanto, o seu carácter comparável devem ser determinados e apreciados à luz do objecto e do objectivo do acto comunitário que institui a distinção em causa – além disso, devem ser tidos em consideração os princípios e objectivos do domínio do qual releva o acto em questão (§26); *iii)* para que se possa imputar ao legislador comunitário uma violação do princípio da igualdade de tratamento, é necessário que tenha tratado de modo diferente situações comparáveis, causando uma desvantagem para certas pessoas em relação a outras (v. acórdãos de 13 de Julho de 1962, *Klöckner-Werke* e *Hoesch*/Alta Autoridade, 17/61 e 20/61, *Recueil*, p. 615, em especial p. 652, *Colect.* 1962-1964, p. 131; de 15 de Janeiro de 1985, *Finsider*/Comissão, 250/83, *Recueil*, p. 131, n.º 8, e de 22 de Maio de 2003, *Connect Austria*, C-462/99, *Colect.*, p. I- 5197, n.º 115) (§39); *iv)* o princípio da igualdade de tratamento não é, porém, violado se a desigualdade de tratamento for justificada (§46); *iv)* uma desigualdade de tratamento é *justificada* quando seja *baseada num critério objectivo e razoável*, isto é, quando *esteja relacionada com um objectivo legalmente admissível* prosseguido pela legislação em causa, e *seja proporcionada em relação ao objectivo prosseguido pelo tratamento em questão* (v., neste sentido, acórdãos de 5 de Julho de 1977, *Bela- Mühle Bergmann*, 114/76, *Recueil*, p. 1211, n.º 7, *Colect.*, p. 451; de 15 de Julho de 1982, *Edeka Zentrale*, 245/81, *Recueil*, p. 2745, n.os 11 e 13; de 10 de Março de 1998, *Alemanha/Conselho*, C-122/95, *Colect.*, p. I- 973, n.os 68 e 71, e de 23 de Março de 2006, *Unitymark* e *North Sea Fishermen’s Organisation*, C-535/03, *Colect.*, p. I-2689, n.os 53, 63, 68 e 71) (§47).

Aplicando esta metódica de controlo ao caso em apreço diremos que, em primeiro lugar, *existe uma diferença de tratamento* entre os accionistas e os credores, pois os segundos respondem apenas subsidiariamente pelos prejuízos decorrentes da medida de resolução em relação aos primeiros e, embora ambos acabem por beneficiar do limite da cláusula que proíbe um tratamento mais desvantajoso do que aquele que resultaria de uma situação de insolvência (artigo 73.º da Directiva 2014/59/UE), a verdade é que o direito europeu apenas consagra como princípio geral da resolução a salvaguarda dos *credores* (artigo 34.º, n.º 1, alínea g) da Directiva 2014/59/UE).

Em segundo lugar, o legislador europeu não é muito claro no preâmbulo do diploma, pois que, dos respectivos considerandos, assim como das disposições normativas que se seguem, infere-se claramente que esta *diferença de tratamento se encontra fundamentada no princípio da responsabilidade ou da responsabilização pelos prejuízos decorrentes da situação financeira de insolvência* e que, no essencial, a medida de resolução, para este efeito, “obriga a autoridade de regulação a orientar o seu comportamento em relação a accionistas e credores como se a instituição resolvida entrasse em situação de insolvência e liquidação”.

Dáí resulta, nas palavras dos autores, que «o “justo equilíbrio” entre o poder de interferência da autoridade reguladora sobre os direitos patrimoniais fundamentais dos accionistas e credores e a garantia desses direitos repousa na obrigação imposta à primeira de avaliar *ex ante* o valor patrimonial do direito que corresponderia a cada um num cenário de insolvência»⁵⁹.

Esta premissa consta expressamente do considerando 50 da Directiva 2014/59/UE, onde se afirma o seguinte: “A interferência nos direitos de propriedade não deverá ser desproporcionada. Os accionistas e credores afectados não deverão suportar perdas mais elevadas do que aconteceria se a instituição tivesse sido liquidada no momento em que é tomada a decisão de desencadear a resolução”. Mas o diploma padece de alguma ambiguidade no que respeita ao significado da cláusula de salvaguarda, como veremos melhor na resposta à questão seguinte.

Por último, parece-nos que, neste caso, a *desigualdade de tratamento* entre accionistas e credores – no que respeita à imposição de que os accionistas respondem em primeira linha e os credores subsidiariamente – *é justificada, por estar baseada num critério objectivo e razoável* – em cenário de insolvência os direitos dos credores teriam também um tratamento diferenciado em relação ao dos accionistas –, baseia-se num *critério relacionado com um objectivo legalmente admissível prosseguido pela legislação em causa* – neutralizar o risco sistémico, ao mesmo tempo que se assegura o princípio da igualdade perante os encargos públicos, protegendo os contribuintes – e *é proporcionada* em relação ao objectivo prosseguido pelo tratamento em questão – tema cujo desenvolvimento deixamos para a resposta à pergunta seguinte, limitando-nos, quanto a este ponto, a sublinhar que a diferença de tratamento entre accionistas e credores respeita o critério da *igual proporcionalidade*, visto que é proporcionada a medida da diferença do tratamento.

Mais do que dizer que se trata de uma diferença de tratamento fundamentada num juízo de proporcionalidade, parece-nos relevante sublinhar o que já afirmámos anteriormente, ou seja, que do regime jurídico da liquidação e da insolvência já resultava esta diferença de tratamento, por estarmos perante detentores de capital e credores, o que significa que a consagração expressa desta diferença de tratamento pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014 não tem sequer conteúdo inovador.

3. Praticamente tudo o que acabámos de afirmar em relação ao controlo do princípio da igualdade no plano europeu é válido no plano nacional, ou seja, está em conformidade com a metódica de controlo deste princípio utilizada pelo Tribunal Constitucional.

No Acórdão n.º 463/2016 daquele Tribunal, pode ler-se o seguinte: “o âmbito de protecção do princípio da igualdade abrange, na ordem constitucional portuguesa, as seguintes dimensões: *proibição do arbítrio*, sendo inadmissíveis, quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos, constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; *proibição de discriminação*, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias; *obrigação de diferenciação*, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural. (...) Este Tribunal já por diversas vezes se pronunciou sobre o princípio da igualdade, particularmente na dimensão da proibição do arbítrio, firmando uma jurisprudência reiterada

⁵⁹ Cf. Anna GARDELLA, «Bail-in and the Financing of Resolution within the SRM Framework», Busch / Ferrarini (ed.), *European Banking Union*, Oxford, 2015, pp. 373-407.

no sentido de que o princípio da igualdade obriga a que se trate por igual o que for necessariamente igual e como diferente o que for essencialmente diferente, não impedindo a diferenciação de tratamento, mas apenas as discriminações arbitrárias, irrazoáveis, ou seja, as distinções de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas, sem fundamento material bastante, como são as indicadas, exemplificativamente, no n.º 2 do artigo 13.º (Veja-se, neste sentido, entre muitos outros, os Acórdãos n.ºs 39/88, 157/88, 86/90, 187/90, 1186/96, 353/98 409/99, 245/00, 319/00, 187/01 e 232/03). Conforme tem entendido reiteradamente o Tribunal Constitucional, o legislador não está impedido de, no exercício da sua liberdade de conformação legislativa constitucionalmente permitida, estabelecer regimes normativos diferenciados, estando-lhe vedado apenas que as medidas legislativas contendo diferenciações de tratamento se apresentem como arbitrárias, por carecerem de fundamento material bastante”.

Ora, no caso em apreço, não só estamos perante uma justificação material bastante, como – acrescente-se – perante a transposição de um critério de diferença de tratamento que decorre directamente de um regime jurídico europeu, o que, em nosso entender, não poderia deixar de ser analisado pelo Tribunal Constitucional à luz do direito europeu – este é também um tribunal europeu, repita-se – ou, em alternativa, na sequência de um reenvio prejudicial para o TJUE, solicitando àquele que esclarecesse se um outro tratamento, designadamente um tratamento igual entre accionistas e credores, como se previa na versão original deste regime, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 31- A/2012 (redacção original do artigo 145.º-B/1 do RGICSF), seria compatível com a Directiva 2014/59/UE, para evitar a responsabilidade do Estado Português por incumprimento do direito europeu.

4. A pergunta acrescenta ainda a questão de saber se esta diferença de tratamento entre accionistas e credores permite qualificar aquela norma como uma “lei medida”, ou seja, como uma norma desprovida de carácter geral e abstracto, sendo esta característica – o carácter geral e abstracto – um requisito de conformidade constitucional das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias ex vi o artigo 18.º/ 3 da CRP.

A proibição de *leis individuais* significa que as normas restritivas se têm de aplicar a todas as pessoas ou a toda uma categoria de pessoas e a proibição de leis concretas determina que a norma não pode ter como objecto um caso concreto, devendo ser susceptível de aplicação a um número indeterminado de casos. A preocupação essencial com a generalidade e a abstracção, mesmo quando as leis possam ter um conteúdo favorável (ex. um perdão fiscal), é garantir o princípio da igualdade⁶⁰.

No caso concreto, não estamos perante uma lei individual, visto que não tem destinatários individualizados e sim uma categoria de pessoas – os accionistas e os credores das instituições financeiras – o que não contende com o seu carácter geral, nem perante uma lei concreta, pois não se destina a um caso, mas sim a todos os casos que venham a preencher os pressupostos de uma medida de resolução.

Mas importa ainda verificar se não estamos perante *um determinado sentido de lei-medida*, ou seja, uma *lei de escopo* orientada para uma finalidade concreta e vinculada a uma determinada dimensão de justiça⁶¹, cuja principal objecção seria uma invasão da função executiva pela função

⁶⁰ Cf. o nosso Os Direitos Fundamentais na *Constituição Portuguesa de 1976*, *ob. cit.*, pp. 289; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, *ob. cit.*, pp. 393.

⁶¹ Sobre esta categoria, v., entre nós, por todos, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *ob. cit.*, pp. 718.

legislativa, de onde poderia resultar alguma desprotecção dos particulares em razão da maior dificuldade em controlar as leis do que os actos administrativos.

Contudo, também esta dimensão das leis-medida não se verifica no caso concreto, não só por se tratar de uma matéria que contende, como temos vindo a sublinhar, com a limitação de direitos fundamentais, o que sempre justificaria a maior intervenção do legislador no sentido de densificar, até onde for adequado, as balizas do exercício dos poderes da autoridade da resolução, mas também porque, sendo esta uma questão complexa de regulação técnica, que envolve juízos de prognose estratégica, a existência de um indispensável espaço de discricionariedade que é reconhecida à autoridade reguladora inviabiliza qualquer classificação deste regime como lei-medida.

5. Em suma, o regime jurídico aqui em apreço, e em particular o artigo 145.º-B do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, estabelecem um tratamento diferenciado entre accionistas e credores no âmbito da aplicação de uma medida de resolução, no que respeita aos prejuízos que cada uma destas categorias de sujeitos deve assumir, mas esse tratamento diferenciado fundamenta-se num motivo razoável e atendível, pelo que não consubstancia uma violação do princípio da igualdade. Acresce que, apesar de esta norma se reportar a uma categoria especial de sujeitos, isso não é suficiente para a qualificar como uma lei medida, pois a norma limita-se a estabelecer um regime geral e abstracto para estas categorias de sujeitos, sempre que os mesmos sejam destinatários ou se vejam envolvidos numa medida de resolução – algo que não corresponde ao conceito de uma lei individual e concreta.

7 **Por não aplicar aos accionistas a cláusula de salvaguarda prevista para os credores na Directiva 2014/59/UE (cujo prazo de transposição para a legislação dos Estados-membros terminava a 31 de Dezembro de 2014), e sujeitando aqueles a um regime comparativamente mais gravoso, o artigo 145.º-B do RGICSF – introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, esclarecendo e adaptando o disposto na correspondente versão do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro – é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP?**

1. Esta pergunta surge como complemento da pergunta anterior – pelo menos é essa a nossa interpretação – e resulta, essencialmente, da circunstância de, na transposição da Directiva 2014/59/UE, levada a cabo pela Lei n.º 23- A/2015, de 26 de Março, que novamente modifica a redacção dada ao artigo 145.º-B (que passa a artigo 145.º-D) do RGICSF, se estender aos accionistas a cláusula de salvaguarda, que, no Decreto-lei n.º 114-A/2014, apenas estava prevista expressamente para os credores, no sentido de que também eles não poderão suportar, por efeito do regime de resolução, um prejuízo superior ao que decorreria se a instituição financeira tivesse sido liquidada.

Haveria, por isso, um défice de protecção e uma restrição desproporcionada dos direitos dos accionistas.

Quanto a este ponto, importa esclarecer duas coisas: *i)* em primeiro lugar, qual a razão pela qual a Directiva 2014/59/UE e, depois, a Lei n.º 23- A/2015 estenderam aos accionistas o princípio «nenhum credor deverá ficar em pior situação»; *ii)* depois, saber se a solução anterior, consagrada na redacção do artigo 145.º-B do RGICSF, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, era desproporcionada.

2. Em relação à primeira questão, diremos que a resposta não é óbvia, na medida em que a Directiva 2014/59/UE apresenta um conteúdo de algum modo ambíguo nesta matéria.

Com efeito, se lermos o considerando 5 do preâmbulo, assim como o artigo 34.º, n.º 1, alínea g), da Directiva, relativo aos princípios orientadores da resolução, verificamos que a solução aí consagrada salvaguarda apenas a posição dos credores, tal como o artigo 145.º-B do RGICSF introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014. São, depois, o considerando 50, bem como os artigos 73.º a 75.º da Directiva que estendem a salvaguarda aos accionistas, tal como figura agora no artigo 145.º-C, na redacção da Lei n.º 23-A/2015.

Por outras palavras, a Directiva, quando estabelece os princípios substanciais informadores do regime jurídico (os “princípios gerais que regem a resolução”), consagra o princípio de que os accionistas respondem em primeira linha pelas perdas e que os credores respondem a seguir a estes (subsidiariamente), com diferenciação por categorias de créditos, desde que assente num fundamento razoável, e *salvaguarda, apenas relativamente aos credores*, que não podem sofrer mais prejuízos do que os que teriam sofrido se a instituição tivesse sido objecto de liquidação⁶². Esta era, de resto, a solução do *Banking Act 2009*, que serviu de inspiração ao regime europeu.

Mas, embora isso não conste dos princípios gerais, a Directiva acaba por estender aos *accionistas a salvaguarda e protecção dos direitos patrimoniais estabelecida para os credores*, impondo, para esse efeito, a obrigação de *avaliação independente, justa, prudente e realista dos activos e passivos da instituição* antes da adopção da medida de resolução (avaliação *ex ante*), a qual pode, em caso de urgência da medida, ser meramente provisória e depois seguida de uma avaliação *ex post* com as características antes referidas. Solução que consta do artigo 36.º da Directiva e que dá execução ao que se afirma no considerando 50 do preâmbulo. Esta obrigação é qualificada pelo legislador europeu como uma *medida de proporcionalidade* da adopção *da própria decisão de resolução*, pois é partir dela que se assegura que, nos termos dos artigos 73.º a 75.º, quer credores afectados, quer accionistas, não suportarão perdas mais elevadas do que aquelas que sofreriam se a instituição tivesse sido liquidada no momento em que é decidida a aplicação da medida de resolução.

3. Passando agora ao segundo tópico da nossa resposta – saber se a solução introduzida pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, que previa a aplicação da cláusula de salvaguarda apenas aos credores, era uma solução desproporcionada – temos de concluir negativamente.

Este diploma de 2014, como resulta do seu preâmbulo, pretendeu apenas, com carácter de urgência, efectuar a transposição parcial da Directiva, “sem prejuízo da sua completa transposição em momento posterior”, tendo como objectivo principal a salvaguarda dos interesses legítimos dos credores da instituição de crédito afectados (e dos clientes) – finalidade que se compreende perfeitamente numa transposição parcial, tendo em conta que assim se cumpriam os princípios orientadores da resolução fixados pela Directiva. O Decreto-lei n.º 114-A/2014 não excluiu, nem pretendeu excluir a protecção dos accionistas: pura e simplesmente não a incluiu nessa transposição parcial.

⁶² “Este princípio surge no Direito Europeu como princípio informador do regime da resolução (artigo 34.º/1, alínea g) da Directiva 2014/59/UE) em resposta à diversidade dos regimes de insolvência/liquidação vigentes nos Estados-membros e com o propósito de *harmonizar o tratamento jurídico dado aos credores nos casos de insolvência sui generis* (nacionalização, resolução) das instituições financeiras” – Andromachi Georgosouli, «Regulatory Incentive Realignment and the EU Legal Framework of Bank Resolution», *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol. 10, Issue 2 (Spring 2016), pp. 381.

Mas, para efeitos de controlo da proporcionalidade da solução adoptada pelo diploma, importa dizer que essa omissão relativamente à salvaguarda dos interesses dos accionistas não constitui uma discriminação relevante, nem implica necessariamente prejuízo para estes.

Por um lado, uma das vertentes do princípio no *creditor worse off* consiste justamente na garantia de que a conversão ou inscrição do crédito deve seguir a ordem estabelecida pelas regras da liquidação em caso de insolvência⁶³.

É dizer que o princípio visa assegurar que o tratamento dado aos credores seja sempre mais favorável do que o dado aos accionistas, que, de acordo com os princípios gerais, respondem em primeira linha pelas perdas – como vimos na resposta à questão anterior, a diferença de tratamento entre os accionistas e os credores na resolução tem um fundamento objectivo e razoável, pois esse tratamento diferente também existiria se a instituição financeira fosse objecto de liquidação. Para além disso, sendo parâmetro a responsabilidade que cada um assumiria num cenário de liquidação, está também justificada a medida da diferença do tratamento, ou seja, a igual proporcionalidade do tratamento neste contexto.

Por isso, a extensão da cláusula de salvaguarda aos accionistas não surge, no regime europeu, como uma manifestação necessária dos princípios informadores do instituto da resolução – veja-se que a própria designação do princípio “*no creditor worse off*” apenas refere os credores –, mas apenas uma solução de aplicação de um nível mais elevado de protecção dos respectivos direitos.

Por outro lado, este tende a ser, na prática, um *falso problema*, pois, atendendo às exigências ínsitas nos pressupostos da aplicação da medida de resolução, que exigem a verificação de uma situação em que a instituição financeira resolvida estivesse em condições de perder a autorização para o exercício da actividade e entrar em processo de liquidação, é difícil imaginar que o direito patrimonial dos accionistas possa ser salvaguardo pela cláusula-limite do cenário da liquidação, uma vez que só depois de esgotado (executado) todo o seu património na empresa é que outros – os credores – passam a assumir perdas⁶⁴.

A extensão aos accionistas do princípio «nenhum credor deverá ficar em pior situação» do que aquela que resultaria de uma liquidação será porventura relevante, mas em outras situações, como, por exemplo, quando se opte pela *recapitalização interna* (regime de *bail-in stricto sensu*), entretanto consagrada, em transposição da Directiva, nos artigos 145.º-U a 145.º-Z da Lei n.º 23-A/2015.

Diga-se, por fim, que a avaliação independente dos activos e passivos da instituição de crédito no momento da resolução – já prevista no artigo 145.º-H, n.º 4, na redacção do Decreto-lei n.º 31-A/2012, e intensificada pelo Decreto-lei n.º 114-A/2014, justamente para conseguir a

⁶³ “O princípio pode ser definido em duas vertentes: primeiro, a conversão ou inscrição do crédito deve seguir a ordem estabelecida pelas regras da insolvência/liquidação; segundo, os credores podem reclamar uma compensação caso não recebam o mínimo que teriam recebido na hipótese de terem sido seguidas as regras da insolvência/liquidação. Na prática, trata-se de substituir o direito dos credores ao reembolso dos créditos pelo direito a uma compensação a suportar pelo Fundo de Resolução. O modo como se calcula aquela compensação baseia-se na comparação entre o tratamento dado da accionistas e credores no âmbito da medida de resolução e o tratamento que os mesmos teriam teoricamente recebido em caso de insolvência/liquidação” – Tracy Chiyedza Maguze, «EU Bank Recapitalisation and the Bail-in Option: An Analysis of the Effects of Mandatory Bail-in on Creditors' Property Rights», *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 5, Issue 2 (October 2016), pp. 229.

⁶⁴ Sobre a ideia de que o princípio serve para proteger essencialmente os credores no momento da decisão de transferência, ou não, dos respectivos créditos para o banco bom ou banco mau e que, subsidiariamente, quando ficam no banco mau, lhes assegura uma compensação caso se prove que houve um tratamento desfavorável em relação a uma situação hipotética de liquidação, *mas que os accionistas, em regra, quando tem lugar a resolução não têm direitos patrimoniais com valor positivo e sim direitos patrimoniais com valor negativo ou sem valor*, v. *Harbinger Capital Partners v Caldwell and Another* [2013] EWCA Civ 492 no contexto da aplicação do princípio no *creditor worse off* principle compensation scheme under s 60(2) of the Banking Act 2009.

identificação das potenciais perdas dos credores em cenário de liquidação e permitir a salvaguarda dos seus interesses – também serve para a garantia dos interesses dos accionistas.

Por tudo isso, concluímos que, apesar de proceder a uma transposição apenas parcial da Directiva, o Decreto-lei n.º 114-A/2014, não padece de inconstitucionalidade, por violação do princípio da proporcionalidade.

8 Por terem surgido na sequência de uma “repentina”, e apenas parcial, transposição da referida directiva europeia – dando desse modo origem a um regime comparativamente mais gravoso para os accionistas do que para os credores –, os artigos 145.º-B, 145.º-F, 145.º-H, 145.º-I, 153.º-M, 155.º e 211.º do RGICSF, na versão do Decreto-Lei n.º 114-A/2014, são inconstitucionais por violação dos princípios do Estado de Direito e da protecção da confiança?

1. A pergunta que agora é formulada só em parte tem autonomia relativamente às perguntas anteriores, em particular relativamente à 6.ª pergunta, na parte em que se questionava a violação do princípio da igualdade pelo regime legal introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014. Tal como aí afirmámos, a introdução de uma diferença de tratamento entre os accionistas e os credores, no âmbito da aplicação de uma medida de resolução de uma instituição financeira no que toca aos prejuízos que cada uma destas classes deve assumir, não pode, em si, ser considerado discriminatório. Teria de demonstrar-se que o estabelecimento desta diferença de tratamento era arbitrário ou que não era fundado em razões válidas.

E tivemos já oportunidade de explicar, na resposta a essa questão, a razão pela qual consideramos que a diferença de tratamento entre accionistas e credores, no que respeita aos prejuízos que cada uma destas categorias deve assumir no âmbito de aplicação de uma medida de resolução, é fundada em razões jurídicas válidas, designadamente, recriando um cenário de liquidação, onde também os accionistas assumem prejuízos mais avultados que os credores, uma vez que estes só são chamados a assumir prejuízos subsidiariamente em relação aos primeiros.

Assim, limitar-nos-emos agora a analisar o problema sob a óptica do princípio da protecção da confiança legítima.

2. No essencial, e uma vez que o regime do Decreto-Lei n.º 114-A/2014 se limita a transpor para o ordenamento jurídico interno os princípios da responsabilidade prioritária dos accionistas e subsidiária dos credores pelos prejuízos decorrentes da medida de resolução e o princípio «nenhum credor deverá ficar em pior situação» do que aquela que resultaria de uma liquidação, a pergunta centra-se, fundamentalmente, em saber se, por força da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, os accionistas tinham uma expectativa legítima de que os prejuízos decorrentes da aplicação de uma medida de resolução seriam assumidos de forma equitativa por eles e pelos credores. E se, nesse cenário, o Decreto-Lei n.º 114-A/2014 constitui uma medida inesperada, causadora de prejuízos para os seus interesses – na medida em que os accionistas passam a responder em primeira linha e os credores subsidiariamente –, com a qual eles (accionistas) não contavam ou não podiam razoavelmente contar, e em relação à qual não têm forma de reagir para evitar os prejuízos que da mesma decorrem.

Para podermos responder a esta interrogação, importa começar por explicitar o princípio da protecção da confiança legítima e o modo como a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem interpretado os respectivos pressupostos aplicativos.

3. O *princípio da protecção da confiança legítima* é uma dimensão concretizadora do princípio do Estado de Direito Democrático e, para alguns autores, a vertente subjectiva do princípio da segurança jurídica. No essencial, este princípio realiza o valor da segurança jurídica, impedindo que os cidadãos possam ser surpreendidos por modificações do regime jurídico que afectem de forma decisiva a sua situação pessoal e patrimonial, sem que eles disponham de meios para poder impedir ou minorar essas consequências na sua esfera jurídica.

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 128/2009, apresenta uma síntese acabada do modo como a efectivação deste princípio tem sido assegurada pela jurisprudência no contexto da avaliação da conformidade legal dos actos normativos, a qual repousa em quatro testes: *i)* verificar a existência de um acto do poder legislativo com suficiente densidade para gerar, objectivamente, no individuo, uma situação concreta de confiança legítima; *ii)* avaliar a legitimidade das expectativas, analisando se as mesmas estão ou não fundamentadas no direito, tomando como parâmetro de avaliação o cidadão médio, diligente e informado; *iii)* averiguar o desenvolvimento de acções e relações jurídicas por parte do destinatário das medidas que atestam a sua confiança na continuidade das mesmas (realização de um *investimento de confiança*), bem como a existência de uma situação de *surpresa*, por a medida não ser razoavelmente expectável por um destinatário médio, e/ou de irreversibilidade, pela impossibilidade de o destinatário recompor a sua situação jurídico-subjectiva sem um prejuízo irreparável ou especialmente oneroso (*incapacidade ou especial onerosidade para ultrapassar uma situação de frustração das expectativas legítimas*); *iv)* por fim, atestar a inexistência de um interesse público que deva prevalecer sobre a expectativa criada (teste de proporcionalidade).

4. Vejamos, então, como é que a factualidade em apreço responde perante os quatro testes enunciados, para avaliarmos da eventual inconstitucionalidade do regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014.

Em primeiro lugar, não parece aceitável concluir que da mera aprovação de um regime jurídico como o consagrado no Decreto-Lei n.º 31-A/2012 resulte para os accionistas, objectivamente, uma situação concreta de confiança legítima em que eles e os credores responderiam em igual medida pelos prejuízos decorrentes da resolução bancária. Tal como o Tribunal Constitucional sublinha no Acórdão n.º 575/14, a formação da expectativa não depende uma “pré-disposição anímica ou psicológica” relativamente a alterações legislativas, mas sim da protecção constitucional em regra atribuída aos direitos de que os afectados pelas medidas são titulares. No caso, os accionistas não poderiam deixar de tomar em consideração que a medida em apreço surgiu num especial contexto de transformação, a nível global e europeu, dos princípios regulatórios em matéria de responsabilidade pelo risco financeiro e sistémico, em que estava ainda em discussão a determinação da “concreta medida” em que cada classe económica – accionistas, credores, depositantes e contribuintes – devia ser chamada a suportar os prejuízos causados.

Uma conclusão – negativa quanto ao juízo de inconstitucionalidade – que se torna ainda mais patente no âmbito da aplicação do 2.º teste – o da *legitimidade das expectativas* –, pois é essencial que as expectativas estejam fundadas no direito à luz do parâmetro de um homem médio, informado e diligente. Ora, um tal parâmetro – o de accionista médio – obriga a tomar em consideração a circunstância de o Decreto-Lei n.º 31-A/2012 constituir um regime de resolução, *adoptado em contexto de crise e urgência*, no qual se destaca, logo no preâmbulo, que o mesmo

tem inspiração nas soluções adoptadas a nível comparado para fazer face à crise financeira internacional, mas em antecipação do que deverá ser um regime europeu de harmonização desta matéria (cf. parágrafo 4.º do preâmbulo). Quer isto dizer, portanto, que o destinatário das medidas aprovadas estaria alertado e avisado para a possibilidade ou até a probabilidade de alteração do regime jurídico, tendo em conta a *iminência de um regime jurídico europeu sobre a matéria*, as discussões técnicas que vinham existindo no plano internacional quanto à proporcionalidade da medida e a necessidade de encontrar um correcto balanceamento entre todos os interesses em presença (dos accionistas, dos credores, dos contribuintes e da neutralização do risco sistémico) e a natureza muito recente, também na experiência comparada, da solução jurídica da resolução. Em suma, será difícil, à luz dos parâmetros de análise fixados pelo Tribunal Constitucional, considerar que os accionistas podiam formar uma expectativa de continuidade e imutabilidade das soluções jurídicas consagradas no regime do Decreto-Lei n.º 31-A/2012.

Mas, para além da previsibilidade de mudança do regime jurídico, importa ainda analisar se as expectativas dos accionistas a não vir no futuro a ter um tratamento diferente em relação aos credores, no que toca à assunção de prejuízos, seriam legítimas. O que se questiona nesta acepção é saber se uma tal expectativa estaria fundada no direito, ou seja, se teria acolhimento nas regras e nos princípios que informam o sistema jurídico nacional. E a resposta é negativa.

Com efeito, os accionistas sabiam e não podiam ignorar que a sua posição em caso de liquidação ou insolvência da instituição financeira era juridicamente distinta da situação dos credores: *i)* no caso da *liquidação* de uma sociedade comercial⁶⁵, o artigo 155.º do Código das Sociedades Comerciais diz-nos que aos accionistas só cabe a partilha do activo restante depois de satisfeitos ou acautelados todos os direitos dos credores, e o artigo 164.º do mesmo Código acrescenta que, depois de encerrada a liquidação e extinta a sociedade, compete ao liquidatário propor a partilha adicional dos bens não partilhados pelos antigos sócios; *ii)* já no caso da insolvência, em que os accionistas assumem o papel de titulares (participantes) do devedor (a instituição de crédito), por contraposição aos credores, segundo o disposto no artigo 184.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação das Empresas (CIRE), o devedor (ou os accionistas no caso de a personalidade jurídica do primeiro já ter sido extinta – artigo 184.º, n.º 2, do CIRE) só terá direito ao saldo que reste após o pagamento dos créditos sobre a insolvência⁶⁶.

Daqui decorre que não havia razões ou fundamentos normativos válidos para que os accionistas pudessem formar uma *expectativa legítima* – uma expectativa juridicamente sustentada – quanto a um tratamento paritário em relação aos credores no respeitante à assunção dos prejuízos decorrentes da aplicação da medida de resolução e, portanto, à imutabilidade desse tratamento paritário previsto primeiramente no artigo 145.º-B, n.º 1, do RGICSF.

Também por isso, quando o Decreto-Lei n.º 114-A/2014 introduziu o princípio do tratamento diferenciado entre accionistas e credores, impondo aos primeiros a obrigação de responder prioritariamente pelos prejuízos, não se pode afirmar que estejamos perante uma *alteração legislativa inesperada* ou que cause *surpresa* – em particular, se recordarmos que a intenção da *medida de resolução* é precisamente recriar, para accionistas e credores, o cenário de uma situação de liquidação, ao mesmo tempo que intervenciona e recapitaliza a instituição de crédito

⁶⁵ Recorde-se que o artigo 152.º do RGICSF (regime de liquidação), na redacção anterior às alterações introduzidas no Título VIII em 2012, dispunha o seguinte: “[V]erificando-se que, com as providências extraordinárias adoptadas, não foi possível recuperar a instituição, será revogada a autorização para o exercício da respectiva actividade e seguir-se-á o regime de liquidação estabelecido na legislação aplicável”.

⁶⁶ Sobre a posição jurídica do devedor e dos credores no processo de insolvência, assim como os direitos dos “participantes da pessoa do devedor” v. Alexandre SOVERAL MARTINS, *Um Curso da Insolvência*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 378

para impedir a situação de insolvência e o risco sistémico dela decorrente. Aliás, se atentarmos na redacção do RGICSF anterior à introdução da medida de resolução, verificamos que o quadro normativo previsto para este cenário era o da revogação da autorização e consequente liquidação da instituição – um quadro normativo segundo o qual os accionistas não ficavam em situação jurídica desfavorável relativamente àquela que foi instituída pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014.

Acresce que também não nos parece que seja possível falar aqui em situação de “impossibilidade de os destinatários (os accionistas) recomporem a sua situação jurídico-subjectiva sem um prejuízo irreparável ou especialmente oneroso”. Na verdade, a situação em que os accionistas são colocados pela alteração do RGICSF introduzida pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014 não representa para eles um prejuízo superior ao que resultava do regime jurídico anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 31-A/2012. Mais, a solução normativa que impõe aos accionistas um encargo prioritário em matéria de prejuízos relativamente aos credores em caso de liquidação, insolvência ou resolução de uma instituição financeira é a solução jurídica que corresponde ao critério de justiça na distribuição de encargos decorrentes da referida situação, assim como da partilha equitativa do risco pelo exercício desta actividade.

Assim, não se pode dizer que o regime jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012 – urgente e, em certa medida, transitório (até à definição regime jurídico europeu harmonizador) – seja suficiente para constituir na esfera jurídica dos accionistas uma expectativa legítima a que, no caso de uma medida de resolução, se aplicaria, em matéria de imputação de prejuízos, um regime idêntico a accionistas e credores. Mais, também não é razoável concluir que, a admitir a criação na respectiva esfera jurídica da alegada expectativa legítima, a mesma fosse suficiente para constituir uma situação de irreversibilidade ou de especial onerosidade perante a reposição de um tratamento jurídico que já existia à luz das regras anteriores do RGICSF. Aliás, se alguma expectativa se pode imputar aos accionistas será a de confiarem num regime como o que constava da redacção do RGICSF anterior à aprovação do regime da resolução, segundo qual a instituição de crédito veria a autorização revogada e entraria em procedimento de liquidação.

Assim, a resposta ao 4.º e derradeiro teste é também conclusiva quanto à *inexistência de qualquer inconstitucionalidade* fundamentada na violação do princípio da protecção da confiança legítima. Com efeito, o regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014 limita-se a repor um tratamento diferenciado entre accionistas e credores e, bem assim, a aperfeiçoar, segundo os critérios de igualdade, responsabilidade e partilha de risco entretanto definidos pelo regime jurídico europeu de harmonização (a Directiva 2014/59/UE), o regime jurídico da resolução bancária instituído em 2012. Um regime jurídico que se fundamenta num interesse público essencial, ou seja, a neutralização do risco sistémico e a desoneração possível dos contribuintes perante as situações de insolvência das instituições financeiras.

Em suma, o regime jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, *não pode considerar-se inesperado* por parte de um destinatário médio, informado e diligente. Na medida em que esta nova redacção coloca os accionistas como responsáveis em primeira linha, subsidiariamente em relação aos credores, no tocante aos prejuízos decorrentes da medida de resolução, repondo assim os critérios equivalentes aos da responsabilidade em caso de liquidação e insolvência que constavam da redacção anterior do RGICSF, não se pode dizer que crie para os accionistas uma situação jurídica completamente nova, para a qual estes não estivessem preparados e que por isso seja para eles especialmente onerosa. Por último, na medida em que esta alteração corresponde à transposição de um regime jurídico europeu, que, em última instância, se destina a estabelecer critérios de justiça na responsabilização pela situação de insolvência de uma

instituição financeira, visando neutralizar o risco sistémico e hierarquizar a responsabilidade de accionistas, credores e contribuintes, afigura-se como a instituição do regime de salvaguarda de um interesse público prevalecente no plano nacional e internacional, que se sobrepõe aos interesses dos accionistas, sobre quem deve recair, em primeira linha, a responsabilidade ou o risco pela situação financeira da instituição.

9 A deliberação de Resolução é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito, por, alegadamente, o BdP poder e dever ter proferido uma medida de intervenção correctiva (em especial qualquer uma das medidas elencadas no artigo 141.º do RGICSF) menos danosa para o BES?

A última questão suscitada prende-se com a conformidade constitucional da medida de resolução concretamente aplicada pelo Banco de Portugal ao Banco Espírito Santo, S.A. (BES), mais precisamente, com a proporcionalidade desta medida.

1. Importa lembrar, ainda que de forma breve, o contexto factual em que a medida foi aplicada.

Em 30 de Julho de 2014, em reunião extraordinária do Conselho de Administração do Banco de Portugal, deliberou-se, nos termos do disposto nos artigos 116.º-C, alínea d), 139.º e 141.º, n.º 1, alíneas a) e i) do RGICAF, a aplicação das seguintes *medidas correctivas* ao BES: *i)* a proibição de realização do reembolso antecipado de créditos e de pagamento a entidades relacionadas ou por conta de entidades relacionadas; *ii)* a suspensão de administradores e substituição dos membros da Comissão de Auditoria; e *iii)* a inibição dos direitos de voto inerentes à participação qualificada que a ESFP e a Espírito Santo Financial Group detinham no BES.

Esta deliberação foi fundamentada na situação de urgência, indispensável para assegurar a estabilidade do sistema financeiro português e os direitos dos credores, o que justificou a não realização da audiência prévia dos interessados (artigos 146.º, n.º 1, do RGICSF e 103.º, n.º 1, alínea a) do Código do Procedimento Administrativo).

Em 3 de Agosto de 2014, em nova reunião extraordinária do Conselho de Administração do Banco de Portugal, deliberou-se a *aplicação da medida de resolução*, traduzida nos seguintes elementos: *i)* constituição do Novo Banco, S.A.; *ii)* transferência de activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão do BES, para o Novo Banco, S.A.; *iii)* designação de uma entidade independente para avaliação dos elementos antes mencionados. A aplicação desta medida foi igualmente fundamentada na situação de urgência, essencial para acautelar os interesses visados pela medida, razão pela qual não houve também lugar à audiência prévia dos interessados.

Da *fundamentação da medida de resolução* constam como principais argumentos: *i)* divulgação, em 30 de Julho de 2014, pelo BES, de elevados prejuízos relativos ao primeiro semestre de 2014, que reflectiam actos de gestão gravemente prejudiciais aos interesses do BES e que afectavam substancialmente os respectivos rácios de capital; *ii)* verificação de um grave incumprimento dos requisitos mínimos de fundos próprios do BES, aliado à comunicação, em 31 de Julho de 2014, da impossibilidade de os accionistas promoverem uma solução de recapitalização do banco, nos termos e nos prazos solicitados pelo Banco de Portugal; *iii)* suspensão, em 1 de Agosto de 2014, com efeitos a partir do dia 4, pelo Conselho do Banco Central Europeu (BCE), do estatuto de contraparte do BES, facto que tornou insustentável a sua situação de liquidez, a qual estava já

seriamente comprometida a partir de 31 de Julho, data em que o BES se havia visto forçado a recorrer à cedência de liquidez em situação de emergência.

2. Como se pode ler na fundamentação da *medida de resolução*, a factualidade acabada de referir colocara o BES numa “situação de risco sério e grave de incumprimento a curto prazo das suas obrigações e, em consequência, numa situação de inexistência de requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua actividade, nos termos do artigo 145.º-C, n.ºs 1 e 3, alínea c), do RGICSF, pelo que, não sendo tomada, com urgência, a medida de resolução, a instituição caminharia inevitavelmente para a suspensão de pagamentos e para a revogação da autorização nos termos do artigo 23.º do RGICSF, com a consequente entrada em processo de liquidação, o que representaria um enorme risco sistémico e uma séria ameaça para a estabilidade financeira”.

Fundamentou-se o risco sistémico na quota de mercado do BES (cerca de 20%), na quota de crédito concedido no âmbito do mercado português (14%), na quota de financiamento de actividades financeiras e seguradoras (31%) e na quota de crédito concedido a sociedades não financeiras (19%).

Fundamentou-se a criação do Novo Banco, S.A., na necessidade de garantir a continuidade da prestação dos serviços financeiros e de isolar, em definitivo, este banco dos riscos criados pela exposição do BES a entidades do Grupo Espírito Santo.

Ainda nos termos da deliberação do Banco de Portugal: *“as razões apontadas fundamentam a conclusão de que esta solução, para além de adequada à realização das finalidades, legalmente definidas, de protecção dos depositantes, de prevenção de riscos sistémicos e de promoção do crédito à economia, é também aquela que melhor salvaguarda os interesses dos contribuintes, nomeadamente por comparação com uma hipotética medida de recapitalização pública (...) de acordo com o princípio orientador previsto na alínea a) do artigo 145.º-B do RGICSF, os accionistas devem suportar prioritariamente os prejuízos da instituição. Esta disposição consagra no ordenamento jurídico português o princípio de que se deve tratar de modo equitativo os credores inseridos dentro da mesma classe, prevendo-se que determinados credores recebam tratamento mais favorável que outros, desde que estes últimos não assumam um prejuízo maior do que aquele que assumiriam caso essa instituição de crédito tivesse entrado em liquidação. Um outro princípio orientador relevante para assegurar a adequação e proporcionalidade da medida é a regra estabelecida no artigo 145.º-I do RGICSF, segundo a qual o eventual remanescente do produto da alienação é devolvido à instituição de crédito originária ou à sua massa insolvente”.*

3. De tudo quanto dissemos antes e do que acabamos de verificar em termos de contexto factual de adopção da medida e de fundamentação jurídica da mesma, impõe-se agora apurar, em resposta à questão formulada, se o Banco de Portugal, na decisão que adoptou, violou o princípio da proporcionalidade.

Este juízo terá de limitar-se a dois pontos: em primeiro lugar, tendo nós já analisado a conformidade constitucional das normas que consagram o regime jurídico da resolução, a resposta que agora se pede cinge-se à análise do exercício dos poderes discricionários pelo Banco de Portugal – é nesta perspectiva do conteúdo da decisão que incide o presente teste de proporcionalidade, uma vez que afastámos já a possibilidade de se tratar de uma invalidade consequential, decorrente da própria violação do princípio da proporcionalidade pelo regime legalmente instituído; em segundo lugar, para formularmos o referido juízo, tomamos como correcta a factualidade apurada pelo Banco de Portugal e antes mencionada.

4. Assim, começamos por explicar os pressupostos da análise que se segue.

O *poder discricionário* caracteriza-se, hoje, por depender de uma concessão legislativa e estar subordinado ao direito. Assim, sem repetir o que já dissemos na resposta à pergunta 2, quando cuidámos dos amplos poderes discricionários que o legislador concedeu à autoridade administrativa da resolução e os fundamentos que legitimam essa opção legislativa, importa agora verificar apenas se o exercício desses poderes, no caso concreto, respeitou o princípio da proporcionalidade nos seus três subprincípios densificadores: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito.

4.1. O *teste da adequação* exige que a medida adoptada seja apta a realizar os fins legalmente previstos, desde que os mesmos sejam legítimos.

Ora, os fins identificados pelo legislador para a aplicação de uma medida de resolução, à data em que os factos ocorreram e o acto foi praticado, encontravam-se plasmados no artigo 145.º-A, na redacção adoptada pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, a saber: *i)* assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais; *ii)* acautelar o risco sistémico; *iii)* salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público; *iv)* salvaguardar a confiança dos depositantes. São, portanto, *fins legítimos e conformes aos princípios jurídicos fundamentais da segurança jurídica e da segurança do mercado financeiro, da protecção dos direitos fundamentais dos depositantes ao respectivo património e da justiça*, determinando uma forma equilibrada de repartição dos encargos públicos perante uma situação de iminente insolvência de uma instituição financeira.

Também a medida adoptada em concreto – constituição de um banco de transição, transferência para o mesmo de activos, passivos e elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão do banco resolvido e designação de uma entidade independente para a avaliação destes elementos – se afigura *adequada* à prossecução daqueles objectivos, porquanto a nova instituição (o banco de transição) permitirá assegurar a continuidade dos serviços financeiros, a protecção da confiança dos depositantes (também abrangida pelo fundo de garantia dos depósitos – artigo 154.º ss do RGICSF), a neutralização do risco sistémico (libertando o banco de transição dos activos de má qualidade e expurgando as incertezas sobre a composição do respectivo balanço) e a salvaguarda dos interesses dos contribuintes e do erário público, que apenas serão chamados a eventuais operações de capitalização que se revelem necessárias para garantir o regular funcionamento do banco de transição, devidamente saneado, de acordo com as normas da entidade de supervisão.

4.2. Mais complexo é o *teste da necessidade*, ou seja, a comprovação da utilização do meio menos oneroso para o destinatário da medida, neste caso para os accionistas e os credores do banco resolvido. Lembremos, uma vez mais, que neste ponto já não estamos a discutir se a medida de resolução em abstracto é uma solução normativa adequada, necessária e proporcional em vista do interesse público a alcançar e dos prejuízos dela decorrentes para os accionistas e os credores (dessa questão cuidámos na resposta à pergunta 7); do que se trata neste caso é de analisar se, perante a factualidade descrita, a medida de resolução era aquela que, cumprindo as finalidades legítimas, provocava a menor lesão aos respectivos destinatários ou se, em concreto, a autoridade de resolução – o Banco de Portugal – poderia ter adoptado outra medida menos gravosa para os interesses dos accionistas e credores.

É neste ponto que, o Banco de Portugal, na fundamentação em concreto do acto que adoptou a medida, explica que, em comparação com a “medida de recapitalização pública”, a medida de resolução é a que salvaguarda melhor os interesses dos contribuintes e o interesse público (uma

finalidade que era imposta pelo legislador – artigo 145.º-A, alínea c), na versão introduzida pelo Decreto-lei n.º 31-A/2012), descartando, assim, por esta razão, que a segunda medida pudesse ser adequada ao cumprimento das finalidades impostas pelo legislador e que limitam a sua actuação, funcionando como condições de validade da mesma.

Acrescenta ainda o Banco de Portugal que esta segunda medida – a recapitalização pública – não era viável no contexto da situação financeira do BES e não asseguraria a necessária segregação em relação ao Grupo Espírito Santo, nem a protecção dos recursos públicos relativamente aos riscos próprios da actividade bancária. Para além disso, importa não esquecer que a decisão de recapitalização pública pertence ao Governo (artigo 8.º-E, n.º 1, da Lei nº 63-A/2008, de 24 de Novembro), ao passo que a medida de resolução é uma decisão da competência do Banco de Portugal, razão pela qual não é sequer correcto afirmar-se que o Banco de Portugal poderia ter optado por essa medida a recapitalização pública – como alternativa à resolução.

A pergunta que em concreto nos é formulada contrapõe a medida de resolução à medida de *intervenção correctiva*, mais concretamente, a qualquer uma das elencadas no artigo 141.º do RGICSF. Subjacente à questão está, portanto, a ideia de que qualquer uma destas medidas constituiria um “meio mais benigno” de intervenção que a autoridade de resolução estaria obrigada a privilegiar. Ora, sobre este ponto, importa esclarecer duas coisas: o modo como se forma ou deve formar o juízo de necessidade da medida; o juízo formado pelo Banco de Portugal no caso concreto.

Em relação ao primeiro tópico – *o modo como se forma o juízo de necessidade* - já dissemos que o legislador deixou ao critério da entidade administrativa a escolha do instrumento de intervenção de acordo com as circunstâncias concretas, desde que verificados os pressupostos legais para a respectiva aplicação. E, neste caso, o Banco de Portugal entendeu que a medida de resolução era, no circunstancialismo concreto, a única apta a prosseguir as finalidades impostas pelo legislador em face dos pressupostos verificados.

Em outras palavras, como resulta do disposto nos artigos 139.º e 140.º do RGICSF, o legislador não vincula o Banco de Portugal a qualquer relação de precedência entre as medidas previstas no Título VIII do RGICSF, que se destinam a salvaguardar várias finalidades: a solidez financeira da instituição de crédito, os interesses dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro, limitando-se a exigir àquela entidade que verifique a existência dos pressupostos para a adopção da medida pretendida e que oriente a sua escolha pelos *princípios da adequação e da proporcionalidade*⁶⁷, tendo em conta factores de ponderação como o risco ou grau de incumprimento das regras legais e regulamentares e a gravidade das respectivas consequências para a solidez financeira da instituição, os interesses dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro.

Em suma, *o Banco de Portugal não está vinculado a adoptar preferencialmente a medida de intervenção correctiva*, podendo legitimamente adoptar a medida de resolução se estiverem verificados os respectivos pressupostos e se formar a convicção de que a mesma é a que assegura de forma mais eficaz ou com maior probabilidade a solidez da instituição financeira, os interesses dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro.

⁶⁷ Poderá ser, ou não, significativo que o artigo 139.º do RGICSF, introduzido pelo Decreto-lei n.º 31-A/2012, diversamente do que se diz no respectivo preâmbulo, apenas se refira aos princípios da adequação e da proporcionalidade – e não à necessidade da medida. Seja como for, tendo em conta que podem estar em causa limitações a direitos análogos a direitos, liberdades e garantias, entendemos testar também esta dimensão do princípio da proporcionalidade.

Assim, a anulação desta decisão de aplicação da medida de resolução, sempre que esteja provada a existência dos pressupostos para a sua aplicação, dependeria de as entidades prejudicadas pela medida fazerem prova de que o juízo de avaliação/prognose formulado pelo Banco de Portugal, de que esta é a medida que permite alcançar as finalidades impostas pelo legislador com menor risco ou com maior probabilidade de sucesso e eficácia, se fundou em erro de avaliação que não teria sido cometido por um aplicador razoável do direito. E, nesse juízo sobre o erro de avaliação, têm de valorar-se as circunstâncias concretas em que é tomada a decisão e, designadamente, os elementos conhecidos pela entidade administrativa que aplicou a medida à data em que mesma é decidida e não posteriormente.

Isto é, não basta dizer que, verificados os pressupostos para a aplicação da medida de resolução e para a aplicação da medida de intervenção correctiva, o Banco de Portugal estaria obrigado a adoptar a intervenção correctiva, por ser, em abstracto, uma medida menos gravosa que a resolução, pois não é isso que expressamente resulta dos artigos 139.º e 140.º do RGICSF, nem é isso que impõe o princípio da proporcionalidade. Neste caso, o Banco de Portugal está obrigado a adoptar aquela medida que, no seu juízo, fundado na adequação e na proporcionalidade, se mostre capaz de realizar as finalidades legalmente impostas. E, no caso de este formular um juízo de que a medida mais adequada é a resolução, não sendo a outra – apesar de mais benigna para os interesses dos accionistas e dos credores – igualmente apta a cumprir aquelas finalidades, cabe ao destinatário demonstrar que existe um *erro de avaliação quanto ao risco ou grau de incumprimento e/ou quanto à gravidade das consequências*.

Em segundo lugar, atentando agora na factualidade concreta exposta, que, como já dissemos, tomamos como autêntica, verificamos que estavam preenchidos os pressupostos do artigo 145.º-C do RGICSF definidos pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, pois *o BES estava em risco sério de deixar de cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua actividade* (já havia lançado mão do mecanismo de liquidez em situação de emergência e o BCE havia anunciado a suspensão do estatuto de contraparte a partir do dia 4 de Agosto, bem como a obrigação de reembolso integral do crédito junto do Eurosistema) e os accionistas já haviam comunicado a impossibilidade de proceder a uma recapitalização. Situação de tal forma grave que, no juízo do Banco de Portugal, não permitiria assegurar a solidez financeira do BES, os interesses dos depositantes ou a estabilidade do sistema financeiro se não fosse através da medida de resolução. Para esta entidade, a medida de intervenção correctiva adoptada em 30 de Julho era insuficiente para assegurar o cumprimento daqueles objectivos.

Caberá, portanto, aos accionistas do BES e respectivos credores demonstrar que existiu um erro de avaliação por parte do Banco de Portugal. Acrescente-se ainda que, tendo em conta os parâmetros de avaliação previstos pelo legislador – risco ou grau de incumprimento e/ou gravidade das consequências –, os elementos de facto carreados para a fundamentação da decisão apontam para uma adequada avaliação, pois o risco de incumprimento, atendendo à inexistência de meios de financiamento disponíveis, afigura-se evidente para um declaratório normal, e a gravidade das consequências também parece suficientemente fundada nas quotas de mercado.

Em suma, a medida de resolução afigura-se, no presente caso, *necessária* para assegurar os interesses legítimos.

4.3. Em relação ao último critério – *juízo de proporcionalidade em sentido estrito* –, sendo este de natureza normativa e não fáctica⁶⁸, ou seja, dependente de um juízo jurídico-normativo de

⁶⁸ Cf. Robert ALEXI, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 91-95.

ponderação de interesses com base nas condições de facto já definidas, parece-nos que pouco há a acrescentar sobre o que já dissemos quanto à proporcionalidade da solução normativa em abstracto.

Em outras palavras, não obstante estarmos perante um instituto jurídico recente no direito europeu e nacional, a verdade é que a medida de resolução não coloca os accionistas e os credores em situação pior do que aquela que resultaria da liquidação da instituição financeira e, simultaneamente, protege de forma mais eficaz os depositantes e os contribuintes e neutraliza o risco sistémico. Isto significa que cumpre relevantes objectivos de interesse público, cujo “peso” supera, em muito, o valor normativo que podemos atribuir aos interesses dos accionistas e dos credores. Por esta razão, a medida de resolução é considerada proporcional aos interesses que visa assegurar e também neste caso concreto podemos registar essa proporcionalidade.

5. Em face da avaliação realizada, temos, pois, de concluir que a medida de resolução adoptada pelo Banco de Portugal em relação ao BES não viola o princípio da proporcionalidade, na sua versão mais exigente.

IV CONCLUSÕES

Sintetizam-se aqui as principais conclusões a que chegámos, em resposta às questões da Consulta:

1. A reserva parlamentar de competência legislativa relativa aos direitos, liberdades e garantias é extensível, nos termos do artigo 17.º da Constituição, aos direitos análogos, mas a delimitação constitui um problema complexo: *i)* tem de acompanhar o recorte da analogia substancial e estrutural com os direitos, liberdades e garantias, atendendo às faculdades ou posições jurídicas incluídas no direito fundamental em causa; *ii)* deve distinguir a intenção e o alcance da legislação ordinária reguladora da matéria de direitos fundamentais, não abrangendo os decretos-leis que tenham como finalidade única proteger, promover ou ampliar direitos, liberdades e garantias, designadamente quando não sejam inovadores na regulação da matéria; *iii)* tem de considerar especialmente a relação entre a competência legislativa parlamentar e os poderes normativos dos órgãos europeus, tendo em conta as matérias atribuídas à União, em especial no que toca à transposição de directivas no quadro da regulação europeia na área financeira.

2. O Decreto-Lei n.º 114-A/2014 não padece de inconstitucionalidade orgânica por violação da reserva de competência legislativa da assembleia da República, por três ordens de razões:

- a) porque constitui um acto legislativo de transposição para o ordenamento jurídico nacional de um regime jurídico europeu, que dispensa a exigência de lei parlamentar ou de uma lei de autorização legislativa prévia;
- b) porque é uma norma que visa a protecção e a ampliação de direitos dos destinatários;
- c) porque não criou um regime jurídico materialmente diverso daquele que foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, autorizado por lei parlamentar.

Acresce que a alegada inconstitucionalidade orgânica dos artigos 145.º-B, 145.º-F, 145.º-H e 145.º-I do RGICSF, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014, deixou de poder ser arguida pelo

facto de estas disposições terem sido integralmente assumidas pela Assembleia da República, através da aprovação e publicação da Lei n.º 23-A/2015.

3. O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, ao aditar o artigo 145.º-H, n.º 1, do RGICSF, conferindo um vasto espaço de discricionariedade ao Banco de Portugal na selecção dos elementos que devem passar para o banco de transição, não é inconstitucional por violação do princípio da determinidade do conteúdo, enquanto dimensão da reserva de lei parlamentar em matéria de direitos, liberdades e garantias, porque o legislador foi até ao limite que era possível e praticável nesta matéria, tratando-se de uma decisão estratégica, que há-de ser gizada de acordo com os condicionalismos existentes no caso concreto, no exercício de um poder extraordinário e de última linha, em contexto de crise e urgência, para salvaguarda de interesses públicos essenciais.

4. O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, em especial no que diz respeito aos n.ºs 2 e 3 do artigo 145.º-H do RGICSF, não padece de inconstitucionalidade orgânica (nem de ilegalidade qualificada), por alegadamente exceder o âmbito de autorização legislativa conferida pela Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro, por duas razões:

- a) porque as medidas aí previstas correspondem integralmente a uma realização dos critérios (sentido e extensão) previstos no artigo 5.º da Lei de autorização, no que respeita à concretização da responsabilidade de primeira linha dos accionistas perante os prejuízos decorrentes da medida de resolução;
- b) porque se trata de um caso em que, sendo mais intensa a compressão dos direitos dos accionistas e de outros sujeitos colocados em posição semelhante (obrigacionistas da entidade financeira objecto da medida de resolução), tem sentido que a solução seja logo definida ao nível legislativo, reduzindo, conseqüentemente, neste particular, o poder discricionário do Banco de Portugal, enquanto autoridade de resolução.

5. A Lei n.º 58/2011 não é inconstitucional por desrespeitar as exigências de densificação e de determinabilidade da autorização legislativa, tendo em conta que define a disciplina básica do decreto-lei autorizado (critério da autodecisão), que é possível antecipar o sentido e os casos que serão abrangidos pelo decreto-lei (critério do programa) e que os destinatários estão em condições de reconhecer a orientação fundamental da disciplina jurídica a estabelecer, bem como o complexo de direitos e deveres que para eles daí decorrerá (critério da previsibilidade).

6. O RGICSF, pelo facto de não prever um mecanismo indemnizatório para os accionistas na sequência da aplicação de uma medida de resolução, limitando-se a estabelecer, no artigo 145.º-I, n.º 4, um esquema de compensação residual, não viola o disposto no artigo 62.º, n.º 2 da Constituição, na medida em que:

- a) A resolução não é um acto apropriativo ou ablativo do direito de propriedade dos accionistas, mas apenas um instrumento de realização do princípio da igualdade perante os encargos públicos, que visa, numa situação extrema, de iminente entrada em processo de liquidação, que represente um perigo significativo para a estabilidade do sistema financeiro, manter a instituição a funcionar regularmente, e chamar à primeira linha da responsabilidade aqueles que deram causa aos prejuízos ou que devem ser objectivamente responsáveis pelos danos causados pela situação financeira a que chegou o banco e que justificou a aplicação da medida.
- b) a medida de resolução não configura a imposição de um sacrifício especial e anormal aos accionistas integra, por isso, um tipo de conformação legal da propriedade através da

delimitação genérica do seu conteúdo e limites, tendo em conta a dimensão objectiva e institucional do direito.

7. O artigo 145.º-B do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114- A/2014, ao dispensar, no âmbito da resolução de uma instituição de crédito, um tratamento distinto aos interesses dos credores e aos dos accionistas do banco resolvido, não é inconstitucional, nem por violação do princípio da igualdade, nem por não ter o carácter geral e abstracto que devem assumir as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, visto que:

- a) o tratamento diferenciado entre accionistas e credores se fundamenta num critério objectivo e razoável, relacionado com a finalidade prosseguida pela lei e proporcionado em relação a esse objectivo, respeitando a igual proporcionalidade;
- b) a norma não corresponde ao conceito de uma lei individual e concreta, antes estabelece um regime geral e abstracto para estas categorias de sujeitos, sempre que os mesmos sejam destinatários ou se vejam envolvidos numa medida de resolução.

8. O artigo 145.º-B do RGICSF, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 114- A/2014, não é inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, ao não estender aos accionistas a cláusula de salvaguarda prevista para os credores na Directiva 2014/59/UE, tendo em conta que:

- a) O Decreto-Lei n.º 114-A/2014 limitou-se, num contexto de urgência, a fazer uma transposição parcial da Directiva, sem prejuízo da sua completa transposição em momento posterior, consagrando os “princípios gerais” informadores do regime jurídico da resolução estabelecidos pelo artigo 34.º, n.º 1, da Directiva, designadamente o princípio no *creditor worse off*, nos termos do qual os credores (com diferenciação por categorias de créditos, desde que assente num fundamento razoável), apenas respondem pelas perdas “a seguir aos accionistas”, tal como na liquidação, e “não podem assumir perdas superiores às que teriam suportado se a instituição tivesse sido liquidada” – não estando obrigado, por isso, a que esta salvaguarda fosse *igualmente* aplicada aos accionistas.
- b) a diferença de tratamento entre os accionistas e os credores tem, como vimos, um fundamento objectivo e razoável, dado que também existiria se a instituição financeira fosse objecto de liquidação, de modo que a extensão da cláusula de salvaguarda dos credores aos accionistas, não sendo uma manifestação necessária dos princípios substanciais da resolução, constitui apenas uma solução de garantia de um nível mais elevado de protecção dos direitos destes últimos, aliás, de importância mais aparente do que real, a não ser actualmente, com a possibilidade de recapitalização interna.

9. O regime jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2014 (artigos 145.º-B, 145.º-F, 145.º-H, 145.º-I, 153.º-M, 155.º e 211.º do RGICS), não é inconstitucional por violação dos princípios do Estado de Direito e, em especial, do princípio da protecção da confiança legítima, tendo em consideração os testes definidos pela jurisprudência do Tribunal Constitucional:

- a) não parece aceitável concluir que do regime jurídico da resolução adoptado pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012 num contexto de crise e urgência, e em antecipação do que haveria de ser um regime europeu de harmonização desta matéria, resulte para os accionistas, objectivamente, tomando como parâmetro de avaliação o accionista médio, diligente e informado, uma situação concreta de confiança legítima em que eles e os credores responderiam em igual medida pelos prejuízos decorrentes da resolução bancária;

- b) não se verifica, no caso, uma situação de *surpresa* para a qual os accionistas não estivessem preparados, pelo facto de o diploma em apreço os colocar como responsáveis em primeira linha, subsidiariamente em relação aos credores, no tocante aos prejuízos decorrentes da medida de resolução, nem uma situação de *irreversibilidade*, que os impossibilite de recompor a sua situação jurídico-subjectiva sem um prejuízo irreparável ou especialmente oneroso;
 - c) o diploma transpõe um regime jurídico europeu que visa neutralizar o risco sistémico decorrente da insolvência de uma instituição financeira, salvaguardando um interesse público forte, prevalecente no plano nacional e internacional, que se sobrepõe aos interesses dos accionistas, sobre os quais se justifica que recaia, em primeira linha, a responsabilidade ou o risco pela situação financeira da instituição.
10. A deliberação de Resolução pelo Banco de Portugal não viola o princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito:
- a) A medida adoptada – constituição de um banco de transição, transferência para o mesmo de activos, passivos e elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão do banco resolvido e designação de uma entidade independente para a avaliação destes elementos – é *adequada* à prossecução dos objectivos estabelecidos na lei: *i)* assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais; *ii)* acautelar o risco sistémico; *iii)* salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público; *iv)* salvaguardar a confiança dos depositantes;
 - b) O legislador deixou ao critério do Banco de Portugal a escolha do instrumento de intervenção de acordo com as circunstâncias concretas, desde que verificados os pressupostos legais para a respectiva aplicação, de modo que este não estava vinculado a adoptar preferencialmente uma medida de intervenção correctiva, só pelo facto de ser menos danosa para os accionistas, podendo legitimamente optar pela medida de resolução se, verificados os respectivos pressupostos, que são especialmente exigentes, formar a convicção de que a mesma é necessária, por ser a única ou a mais apta a assegurar as finalidades legais;
 - c) A medida de resolução não é desproporcionada, tendo em conta que cumpre relevantes objectivos de interesse público, neutralizando o risco sistémico e protegendo de forma mais eficaz os depositantes e os contribuintes, cujo “peso” supera inequivocamente o valor normativo que pode atribuir-se aos interesses dos accionistas e dos credores, que têm a garantia de que não ficarão em situação pior do que aquela que resultaria da liquidação da instituição financeira.

Tal é, salvo melhor, o nosso Parecer.

Coimbra, Novembro de 2016

(José Carlos Vieira de Andrade)

2 Regulating crypto-assets in the European Union: Is assigning the supervision of significant crypto-assets to the EBA the most effective solution?

Gisela Fonseca⁶⁹

Resumo

O presente artigo analisa se a atribuição da supervisão de criptoativos significativos à Autoridade Bancária Europeia (doravante “EBA”) será a solução mais eficaz para este mercado na União Europeia.

Nesse sentido, o artigo debruça-se sobre (i) a eventual atribuição de novas funções de supervisão de “asset-referenced tokens” e “e-money tokens” significativos à EBA, prevista na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos mercados de criptoativos que se encontra presentemente em discussão; (ii) os motivos pelos quais a supervisão de criptoativos significativos deve ser atribuída a uma autoridade de supervisão europeia; e (iii) as razões que fazem da EBA a autoridade de supervisão mais adequada para desempenhar esta tarefa.

Por último, apresentam-se, no presente artigo, algumas sugestões de melhoria à Proposta de Regulamento tendo em vista tornar a supervisão da EBA ainda mais eficaz.

I INTRODUCTION

Although the days when cyberspace was an unregulated space of complete freedom⁷⁰ are long gone, as far as the financial regulation of crypto-assets⁷¹ is concerned, the global economy still appears to live in a “Far West” of sorts. From Bitcoin to DeFi,⁷² FinTechs and BigTechs are completely transforming the financial market. Whether by providing the same financial services

⁶⁹ Departamento de Serviços Jurídicos do Banco de Portugal. As opiniões apresentadas neste artigo são as da autora e não refletem necessariamente as do Banco de Portugal ou do Eurosistema.

⁷⁰ “Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather” John Barlow, ‘A Declaration of the Independence of Cyberspace’ (1999) Electronic Frontier Foundation <https://www.eff.org/cyberspace-independence>, accessed 11.03.2021.

⁷¹ The use of the term “crypto-assets” in this paper is similar to that presented by the Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation (ROFIEG), referring to “assets that are embodied in, represented or evidenced by pieces of a unique digital code”, ROFIEG, Final Report to the European Commission: 30 recommendations on regulation, innovation and finance, December 2019, https://ec.europa.eu/info/publications/191113-report-expert-group-regulatory-obstacles-financial-innovation_en, accessed 13.03.2021, 53.

⁷² DeFi is an abbreviation for decentralised finance, which aims to merge traditional financial services with decentralised technologies, such as blockchain.

more efficiently, e.g., payment services, lending, insurance, or by creating truly new services based on blockchain financial networks⁷³ with the support of Big data, FinTechs and BigTechs appear to display an unrivalled understanding of financial service users' demands, and that is no different when it comes to issuing and trading crypto-assets.

At the Union level, the European Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, hereinafter referred to as "MiCA Regulation",⁷⁴ intends to bring some order,⁷⁵ into such a "Far west". Following the principle "same business, same risks, same rules",⁷⁶ the MiCA has empowered the EBA with the supervision of two different types of crypto-assets, defined in the proposal as "asset-referenced tokens" and "e-money tokens". However, whether or not the supervision model proposed for these crypto-assets is the most suitable is yet to be seen.

Therefore, the main purpose of this essay is to analyse why assigning the supervision of significant crypto-assets to the EBA is the most effective solution for this market in the Union.

In order to respond to this question, this essay includes: (i) the main features of the EBA's supervisory responsibilities as regards asset-referenced tokens and e-money tokens, as laid down in the MiCA Regulation (see Section II.1); (ii) an explanation of why a European Supervisory Authority (ESA) is required to supervise significant crypto-assets (see Section II.2), and (iii) why the EBA is the most suitable ESA to handle this task (Section II.3). Finally, it also includes some suggestions on how the role of the EBA could be more effective if the Union legislators would consider some improvements to the MiCA Regulation proposal (Section II.4).

II IS THE SUPERVISION OF SIGNIFICANT ASSET-REFERENCED AND E-MONEY TOKENS BY THE EBA THE MOST EFFECTIVE SOLUTION?

1 Main features of EBA supervisory responsibilities as regards significant asset-referenced and e-money tokens

According to the Financial Stability Board (FSB), FinTech may be defined as "technologically enabled financial innovation that could result in new business models, applications, processes

⁷³ The term "blockchain financial network" is used here to restrict our discussion to blockchain-based networks connected to the financial market. In this regard, see Philipp Paech, 'The Governance of Blockchain Financial Networks' [2017] 80 (6) MLR, 1073-1110.

⁷⁴ European Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets and amending Directive (EU) 2019/1937 COM(2020) 593 final 2020/0265(COD) 24 September 2020.

⁷⁵ Note that the MiCA Regulation does not tackle all the overlaying complexity emerging in the market of crypto-assets. Effectively, new products or services that create unknown risks, e.g. assets such as Bitcoin or systems like DeFi, which function in a total permissionless system, are not captured by the MiCA Regulation. For these types of assets or systems, regulators would need to consider a different approach, as regulatory tools along the lines of licensing and disclosure of the information would not function where there is no legal or natural person acting as an issuer or service provider.

⁷⁶ Sabine Lautenschläger, 'Digital na(t)ive? Fintechs and the future of banking' (Statement by Ms Sabine Lautenschläger, Member of the Executive Board of the European Central Bank and Vice-Chair of the Supervisory Board of the Single Supervisory Mechanism, at an ECB Fintech Workshop, Frankfurt am Main, 27 March 2017) https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2017/html/sp170327_1.en.html, accessed on 14.03.2021.

or products with an associated material effect on financial markets and institutions and the provision of financial services”.⁷⁷ In the same vein, the ROFIEG, set up by the European Commission in June 2018 to draft an accommodative framework for FinTech, defines the latter as “technology-enabled innovation in the financial sector”. With regard to the crypto-assets market, the ROFIEG Report alerts to the lack of a common and clear taxonomy and highlights the need to “ensure appropriate regulation of activity involving crypto-assets”.⁷⁸

Concerned about the need for a common and clear taxonomy and in line with the Financial Action Task Force (FATF) recommendations,⁷⁹ the MiCA Regulation proposal lays down a broad definition of “crypto-asset” that is very close to FATF’s “virtual asset”⁸⁰ definition. As per Art. 3(1)(2) of the MiCA Regulation, a “crypto-asset” means a “digital representation of value or rights that may be transferred and stored electronically, using distributed ledger technology or similar technology”.

The MiCA Regulation presents three sub-categories of crypto-assets which are subject to specific requirements. Firstly, “utility tokens”, a type of crypto-asset that is only accepted by the issuer and intends to provide digital access to a good or service, available on a Distributed Ledger (Art. 3(1)(5)).⁸¹ Secondly, “asset-referenced tokens”, which aim to maintain a stable value by referencing several currencies that are legal tender, one or several commodities, one or several crypto-assets, or a basket of such assets (Art. 3(1)(3)). Thirdly, “electronic money tokens” or “e-money tokens”, which are a sub-category of crypto-assets similar to electronic money (Art. 3(1)(4)).⁸² E-money tokens seek primarily to serve as a means of payment by referencing only one fiat currency.

In terms of regulated actors, it is also relevant to analyse the definition of “issuer of crypto-assets”. Under Art. 3(1)(6), an “issuer of crypto-assets means a legal person who offers to the public any type of crypto-assets or seeks the admission of such crypto-assets to a trading platform for crypto-assets”. This broad definition appears to contain three roles: (i) issuance of crypto-assets; (ii) offer of crypto-assets to the public, and (iii) admission to trading of the crypto-assets issued.⁸³

The above-mentioned general points already provide a reasonably clear idea of the type of assets and actors regulated in the MiCA Regulation proposal. Hence, the time has come to initiate a discussion about their supervision.

⁷⁷ See the FSB <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/financial-innovation-and-structural-change/fintech/>.

⁷⁸ ROFIEG Report (n71), 52-58.

⁷⁹ FATF, FATF Recommendations 2012, as amended October 2020, <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>, accessed on 2.02.2021, 17. The FATF is an independent inter-governmental body that develops and promotes policies to protect the global financial system against money laundering, terrorist financing and the financing of proliferation of weapons of mass destruction. The FATF Recommendations are recognised as the global anti-money laundering (AML) and counter-terrorist financing (CFT) standard. For a description of the emergence of such bodies as the FATF as a regime of *international financial regulatory coordination* due to the dilemma of maintaining financial stability as an international public good and the lack of an international financial regulator, see John Armour, Dan Awrey, Paul Davies, Luca Enriques, Jeffrey Gordon, Colin Mayer and Jennifer Payne, *Principles of Financial Regulation* (1st edn, OUP, 2016).

⁸⁰ Under FATF Recommendations, “A virtual asset is a digital representation of value that can be digitally traded, or transferred, and can be used for payment or investment purposes. Virtual assets do not include digital representations of fiat currencies, securities and other financial assets that are already covered elsewhere in the FATF Recommendations” *ibid* 130.

⁸¹ As laid down in Art. 3(1)(4) of the MiCA Regulation proposal, the definition of “utility token” actually refers to its availability on DLT. However, bearing in mind that DLT is only a type of technology, the definition should refer to the distributed ledger instead.

⁸² As defined in Art. 2(2) of Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions (EMD2).

⁸³ In this regard, it would be advisable for co-legislators to separate these three roles by, at least, creating a definition of “issuer” and “offeror” for which the Prospectus Regulation (Regulation (EU) 2017/1129) could serve as inspiration.

As for the procedures for granting authorisation to asset-referenced tokens issuers and the approval of their crypto-asset white paper, issuers of asset-referenced tokens are required to apply for authorisation with the competent authority of their home Member State (Art. 15(1) and 16(1)). With regard to issuers of e-money tokens, an authorisation to operate as a credit institution or an electronic money institution is required (Art. 43(1)(a)). As for the notification of white papers, and where applicable, their marketing communications, both issuers of asset-referenced tokens and e-money tokens are required to notify the competent authority of their home Member State of them (Art. 15(3), second paragraph, and Art. 43(2), third paragraph).

Under Art. 39 of the MiCA Regulation, the EBA can classify asset-referenced tokens as significant at its initiative.⁸⁴ For a token to qualify as a significant asset-referenced token, the asset should comply with at least three of the following criteria: (a) size of the customer base of the promoters of the asset-referenced tokens; (b) value of asset-referenced tokens/market capitalisation; (c) number and value of transactions; (d) size of the reserve of assets; (e) significance of cross border activity including use for cross border payments/remittances; and (f) interconnectedness with the financial system.⁸⁵

Due to their relevance, the MiCA Regulation sets specific additional obligations applicable to issuers of significant asset-referenced tokens, such as additional own funds requirements, liquidity management policy and interoperability (Art. 41).

The EBA can also classify e-money tokens as significant e-money tokens based on the criteria laid down in the aforementioned Art. 39, provided that at least three of those criteria are met (Art. 50(1)). To assess such criteria, the competent authority of the issuer's home Member State must provide the necessary information to the EBA. If the EBA considers the criteria of Art. 39 to be met, it must notify its decision to the competent authority of the issuer's home Member State (Art. 50(2) and (3)).

Irrespective of any similarities, the supervision of significant asset-referenced tokens and e-money tokens by competent national authorities and the EBA is quite different.

Title VII, Chapter 3, of the MiCA Regulation proposal describes the future supervisory responsibilities of the EBA regarding significant asset-referenced tokens and significant e-money tokens, as well as the rules regarding the functioning of supervisory colleges.

In this regard, Art. 98 lays down that any issuer of asset-referenced tokens classified as significant will be subject to the EBA's supervision. However, the same model of supervision does not apply to significant e-money tokens. Following the MiCA Regulation proposal, a "dual supervision" model exists for the supervision of significant e-money tokens.⁸⁶ For issuers of significant e-money tokens, the specific obligations laid down in Art. 52 are supervised by the EBA, while the

⁸⁴ An asset-referenced token can also be classified as significant at the issuer's request (Art. 40).

⁸⁵ Furthermore, Art. 39 lays down that the Commission must specify the criteria mentioned above, but it cannot set thresholds lower than those specified in Art. 39(6).

⁸⁶ The term "dual supervision" is used in the European Central Bank (ECB) Opinion on the MiCA Regulation, in which the ECB is considerably negative towards this model. The ECB considers that "Dual supervision is subject to significant shortcomings, and both significant e-money, as well as asset-referenced tokens, would be better supervised at the European level. There does not seem to be an economic reason to justify different supervisory arrangements between significant asset-referenced tokens (subject to harmonised EBA supervision) and significant e-money tokens (subject to dual supervision by the EBA together with the NCA). Dual supervision may blur responsibilities and add complexity to the arrangements". Opinion of the European Central Bank of 19 February 2021 on a proposal for a Regulation on markets in crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (CON/2021/4), 7.

competent national authorities are responsible for the remaining obligations of these issuers under the MiCA Regulation.

As for non-significant issuers of asset-referenced tokens and e-money tokens, their supervision remains with the home Member State (Art. 98(2)).

Note that the supervisory powers conferred on the EBA are similar to those conferred on the ECB by the Single Supervisory Mechanism Regulation (SSM Regulation),⁸⁷ but also to the powers conferred on the European Securities Markets Authority (ESMA) regarding the supervision of central counterparties (CCPs)⁸⁸ and credit rating agencies⁸⁹.

The MiCA Regulation proposal confers on the EBA a broad range of powers, which range from *quasi-regulatory powers* to specific supervisory and enforcement powers, as well as supervisory cooperation and coordination powers with respect to “international financial governance”.⁹⁰

Therefore, according to the MiCA Regulation proposal, the EBA will have the right to request information (Art. 104), to use general investigative powers (Art. 105)⁹¹ and to conduct on-site inspections (Art. 106)⁹². Effectively, the EBA will likely face a high number of supervisory decisions to be taken within strict deadlines. Hence, the lack of efficient decision-making procedures or powers would affect the EBA’s supervisory activities as far as significant asset-referenced tokens or e-money tokens are concerned.

At first sight, supervision in the crypto-assets markets appears to be in line with the regulatory architecture laid down to supervise European banks, replicating the regime of the Single Supervisory Mechanism (SSM), which assigns the supervision of significant credit institutions to the ECB. However, this is only an elusive vision of the supervisory architecture conceived in the MiCA Regulation for crypto-assets. Effectively, upon closer analysis, the enormous difference is easily observed between the supervision of significant credit institutions, central counterparties (CCPs) and credit rating agencies compared with the supervision of significant issuers of asset-referenced tokens and e-money tokens. The latter model of supervision is product-based rather than entity-based. There is a dual supervision model where competent national authorities supervise some obligations and the EBA others, even within the same products. Only time will tell whether such intricate models could work in an already intricate ecosystem like that of crypto-assets.⁹³ Nevertheless, it is already possible to advance some solutions to facilitate the work of the supervisory authorities of asset-referenced and e-money tokens, namely the EBA’s work, as presented in section II.4 of this analysis.

⁸⁷ Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, OJ L 287, 29.10.2013, p. 63

⁸⁸ Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories, OJ L 201 27.7.2012, p. 1..

⁸⁹ Regulation (EC) No 1060/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on credit rating agencies, OJ L 302 17.11.2009, p. 1.

⁹⁰ As referred by Moloney, these powers already exist in the ESA’s founding regulations, Niamh Moloney, “International Financial Governance, The EU, and Brexit: The ‘Agencification’ of EU financial governance and the implications” [2016] Vol 17(4) EBOLR, 459.

⁹¹ As for the investigative powers, the EBA will most likely need to consider creating a specific methodology to exercise these investigative powers and sanctioning procedures.

⁹² The possibility for the EBA to exchange information with competent authorities and supervisory authorities of third countries (Articles 107 and 108) or adopt supervisory measures in case of infringements (Art. 112) is also laid down.

⁹³ See the ECB’s position on this matter (n86).

2 Is an ESA necessary for the supervision of significant asset-referenced and e-money tokens?

The MiCA Regulation proposal establishes a rather challenging supervision model due to the separation of supervisory responsibilities between the EBA and the competent national authorities in terms of products rather than entities.

Indeed, as laid down in Art. 98(1), issuers of asset-referenced tokens carry out their activities under the EBA's supervision in the case of significant assets.⁹⁴ However, where an issuer of significant asset-referenced tokens provides crypto-asset services or issues crypto-assets that are "non-significant" asset-referenced tokens, such services and activities remain supervised by the competent national authorities (Art. 98(2)).

To add further complexity to this supervision model, issuers of significant e-money tokens carry out their activities under the competent national authorities' supervision, whereas the EBA ensures that such issuers comply with the specific obligations laid down in Art. 52.

On the one hand, it is already difficult to understand the need to separate the supervision of issuers in view of the significance of the asset-referenced tokens they issue; on the other hand, the model proposed for e-money tokens is even more confusing with the competent national authorities supervising general obligations and the EBA ensuring these issuers comply with specific obligations (Art. 52) regarding custody and investment of reserve assets (Art. 33 and 34), remuneration and liquidity management policies (Art. 41(1) and 41(3)) and the appropriateness of plans to support an orderly wind-down of their activities under applicable national law (Art. 42). The most important question, of course, is whether this model of supervision is feasible. To respond to this question, it is also necessary to understand the underlying rationale for assigning the supervision of significant asset-reference tokens and parts of e-money tokens to the EBA. Why not assign all these matters to the competent national authorities?

First, the supervisory features proposed in the MiCA Regulation seek to address the potential risks to financial stability, monetary policy and financial market infrastructures that could arise from increased use of crypto-assets and the need to ensure legal certainty and a high level of consumer, investor and market protection in this new market of crypto-assets.⁹⁵ Second, this model needs to be analysed in the context of the recent trends in the global financial markets.⁹⁶ Therefore, a supervision model based on national authorities would experience the following difficulties: the crypto-asset market is global, the actors are global financial and non-financial institutions, there is a free flow of capital, and the innovation of new financial products is also deployed globally through the use of the Internet. Furthermore, risks to financial stability could also gain flesh at a global level, and competent national authorities could find themselves in difficulties in dealing with global risks and global actors.

⁹⁴ The classification as "significant" is in line with Art. 39 or Art. 40.

⁹⁵ For a complete risk assessment of crypto-assets implications, ECB, *Crypto-Assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructure* (Occasional Paper Series No 22, 2019)21-28 <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op223-3ce14e986c.en.pdf> accessed on 13.03.2021 and Banco de Portugal, *Occasional paper on crypto-assets*, (Occasional Paper no 4, 2020), 12-18 <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/op202004.pdf> accessed on 13.03.2021.

⁹⁶ As referred to in paragraph 1 of the "Framework of the proposal/initiative" of the MiCA Regulation, "This initiative has four general objectives. The first is to provide legal clarity and certainty to promote the safe development of crypto-assets and use of DLT in financial services. Secondly, the initiative should support innovation and fair competition by creating an enabling framework for the issuance and provision of services related to crypto-assets. The third objective is to ensure a high level of consumer and investor protection and market integrity, and the fourth is to address potential financial stability and monetary policy risks that could arise from an increased use of crypto-assets and DLT".

Finally, lessons learned from the global financial crisis have “demonstrated how the differences in the intensity of supervision and or enforcement can be the source of significant divergence between national regulatory regimes despite the convergence in the law on-the-books”.⁹⁷ Such divergences, combined with the underlying complexity of the crypto-assets market, were most likely taken into consideration by the Commission when drafting the supervisory model of the MiCA Regulation proposal.

With this regime, the competent national authorities are not entirely overthrown as far as the supervision of issuers of asset-referenced tokens and e-money tokens is concerned, and the supervision of crypto-asset service providers falls wholly within their remit.

The EBA interferes solely with matters related to significant products. However, the EBA could also be responsible for supervising products that are only relevant at a national level, for example, if the size of the customer base of an asset-reference token is larger than two million of natural or legal persons (Art. 39(6)(a)(i)); the value of the asset-referenced tokens issued or, where applicable, their market capitalisation exceeds EUR 1 billion (Art. 39(6)(a)(ii)); and the size of the reserve assets exceeds EUR 1 billion (Art. 39(6)(a)(iv)).⁹⁸ Despite the difficulties that asset-referenced tokens used in only one Member State may have to achieve the thresholds described in Art. 39(6), it would not be an impossible task.

Further reflection could be given to the need to meet at least three of the six criteria laid down in Art. 39(1) for an asset-referenced token to be deemed significant for authorisation purposes, when only two of those criteria are connected with the cross-border activity of the issuers (the significance of the cross-border activities of the issuer of the asset-referenced tokens and the interconnectedness with the financial system).

In fact, the cross-border criterion should be seen as a distinctive criterion to assign the supervision of significant crypto-assets to a European Supervisory Authority. However, under the ordinary legislative procedure, only the co-legislators (the Council or the European Parliament) can currently adopt this solution in the MiCA Regulation.⁹⁹ To such end, Art. 39 could be amended by removing the indicator referred to in paragraph 1(e), thus not weighing the significance of the cross-border activities of the issuer of the asset-referenced tokens for the classification of an asset-referenced or e-money token as significant, but with its existence determining the assignment of its supervision to the EBA.

3 Why is choosing the EBA the most effective solution?

The main question that emerges from the MiCA Regulation analysis is why the EBA should be chosen to supervise significant asset-referenced and e-money tokens and whether this solution would be the most effective.

⁹⁷ Armour, Awrey, Davies, Enriques, Gordon, Mayer and Payne, (n79 *in fine*) 596.

⁹⁸ Note that the thresholds for the criteria referred to in Article 39(1)(a) to (e) function as floors, and the Commission is empowered to adopt delegated acts to specify them (Art. 39(6)).

⁹⁹ As at 08.03.2021, the MiCA Regulation proposal was still in the first reading, awaiting a committee decision on the part of the European Parliament, and discussions within the preparatory bodies of the Council were also ongoing.

At first sight, one might consider that the ECB would be the most likely candidate to ensure the supervision of significant crypto-assets due to the following reasons: (i) underlying monetary policy and smooth operation of payment systems concerns; (ii) and (iii) SSM experience.

As mentioned in the ECB opinion on the proposed regulation, the implications for the monetary policy transmission of crypto-assets with a stable nominal value, which could serve both as means of payment and a store of value, should not be excluded. The scenario of a significant replacement of deposits by these types of crypto-assets could affect the sources of credit institution funding and adversely affect their stability and the transmission of monetary policy. Moreover, in terms of collateral, the high demand for safe assets in a scenario involving extensive use of asset-referenced and e-money tokens could lead to “collateral scarcity for open market operations”.¹⁰⁰

Furthermore, the widespread use of asset-referenced and e-money tokens could correspondingly originate concerns related to the ESCB mandate “to promote the smooth operation of payment systems”.¹⁰¹ Accordingly, Art. 22 of the Statute of the ESCB¹⁰² lays down that “the ECB and the national central banks may provide facilities, and the ECB may make regulations, to ensure efficient and sound clearing and payments systems within the Union and with other countries”.

On this legal basis, the ECB and national central banks perform three different functions: (i) overseers; (ii) operators; (iii) and catalysts for change. However, as regards payment systems, one would need first to be able to classify arrangements where crypto-assets are cleared or settled as payment systems which, according to the definitions of “system” (Art. 2(a)) and “transfer order” (Art. 2(i), first indent) of the Settlement Finality Directive¹⁰³, would not be very straightforward.¹⁰⁴

Finally, the positive experience of the ECB in the supervision of significant banks¹⁰⁵ may also have led the legislator to consider the ECB as a candidate for supervisor of significant asset-referenced and e-money tokens. However, as expressed in the Commission proposal, this was not the case in the MiCA Regulation.

Effectively, and unlike EU agencies, the ECB is an EU institution, and its powers are laid down in the Treaty.¹⁰⁶ Furthermore, the Council may confer powers upon the ECB regarding policies relating to the prudential supervision of credit institutions and other financial institutions (except for insurance undertakings) as provided for in Art. 127(6) of the TFEU. That same paragraph was also the legal basis for the SSM Regulation, which laid down the foundations of the SSM

¹⁰⁰ ECB Opinion (n86), 3.

¹⁰¹ Under Art. 127(2), fourth indent, of the Treaty, as mirrored in Art. 3(1) of the Statute of the ESCB.

¹⁰² Protocol (No 4) on the Statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank (OJ C 202, 7.6.2016, p. 230).

¹⁰³ Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems (OJ L 166, 11.6.1998, p. 45).

¹⁰⁴ This point is also extensively addressed in the ECB opinion (n86) “the function of asset-referenced and e-money token arrangements that cater for the execution of transfer orders may qualify as tantamount to that of a ‘payment system’ for the purposes of Eurosystem oversight” (section 2.2.2. of the ECB Opinion). Effectively, in the location policy case, the Court of Justice of the European Union has already interpreted the Eurosystem’s mandate under Art. 127(2) of the TFEU and Art. 22 of the Statute of the ESCB in a rather strict manner (Case T-496/11 *United Kingdom v. ECB* [2015], ECLI:EU:T:2015:133, paras. 107-109).

¹⁰⁵ This is also justifiable given the excellent communication lines established with the competent national authorities and the work performed by the “Joint Supervisory Teams”, Niamh Moloney, “European Banking Union: assessing its risks and resilience” [2014] CML Rev 51(6), 33 and 32, <http://eprints.lse.ac.uk/60572/>, accessed on 9.03.2021.

¹⁰⁶ Discussing the resemblances of the Supervisory Board with European agencies, see Paul Weismann, ‘The ECB’s Supervisory Board Under the Single Supervisory Mechanism (SSM): A Comparison with European Agencies’ [2018] 24(2) European Public Law, 311.

functioning.¹⁰⁷ However, even if, technically, this legal basis could have enabled the Commission to empower the ECB with additional prudential supervision tasks in terms of issuers of significant asset-referenced and e-money tokens, this solution does not appear attractive because of the supervisory focus on products instead of institutions.¹⁰⁸ The SSM supervision model is based on the "proxy" of significance to classify institutions that should be subject to centralised supervision by the ECB,¹⁰⁹ and the MiCA Regulation follows an entirely different institutional design, based on significant products in the crypto-asset market.

Furthermore, the separation between the ECB monetary policy function from its supervisory tasks is also relevant. According to Art. 25 of the SSM Regulation, when carrying out its supervisory tasks, the ECB must pursue only the objectives set by the SSM Regulation and carry out those tasks without prejudice to and separately from its tasks relating to monetary policy and any other tasks¹¹⁰ (namely smooth promotion of payment systems). Avoiding mutual interference between the supervision of significant crypto-assets or crypto-asset issuers and monetary policy or oversight of payment systems tasks, for example, appears to be even more complex to ensure.

At this juncture, another candidate should be considered for supervising significant crypto-assets: the powerful European Securities and Markets Authority (ESMA). The MiCA Regulation already assigns a vast range of mandates to the ESMA, namely mandates for the ESMA to establish a register of all crypto-asset service providers (Art. 57) and to make the crypto-asset white papers available in that register (Art. 7(5)).

As is also the case with the EBA and the ECB, the ESMA must also issue a non-binding opinion on the application for authorisation of an issuer of asset-referenced tokens and transmit its non-binding opinions to the competent authority concerned (art.18(4)).¹¹¹

Considering both the list of mandates included in the MiCA Regulation for the ESMA and the extensive list of the ESMA's supervisory powers regarding, for example, credit rating agencies and CCPs, it appears that the Commission wished to avoid overburdening the ESMA with additional powers regarding the supervision of significant asset-referenced or e-money tokens.¹¹²

¹⁰⁷ "6. The Council, acting by means of regulations in accordance with a special legislative procedure, may unanimously, and after consulting the European Parliament and the European Central Bank, confer **specific tasks** upon the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions and other financial institutions with the exception of insurance undertakings" (Art. 127(6) TFEU). This analysis does not include what one could infer from the reference to "specific tasks" and the underlying discussion of whether the current functioning of the SSM goes beyond that "specificity". An exciting discussion on the "literally all-encompassing" prudential supervision tasks of the ECB can be found in Benedikt Wolfers and Thomas Volland, 'Level the Playing Field: The New Supervision of Credit Institutions by the European Central Bank' [2014] 51 CML Rev., 1470.

¹⁰⁸ "Technically, this competence might have also sustained ECB supervision of 'financial institutions' other than insurance companies (e.g. investment firms and systemically significant actors such as central clearing counterparties), and so supported the holistic, cross-sectoral, functional approach to supervision which the crisis exposed as being necessary", Moloney (n105), 41.

¹⁰⁹ Moloney (n105), 30.

¹¹⁰ Weismann (n106), 322.

¹¹¹ To briefly mention other mandates provided for in the MiCA Regulation, the ESMA must cooperate closely with the EBA to develop: (i) draft regulatory technical standards to specify the procedure for the approval of a crypto-asset white paper (Art. 15(7)); (ii) draft regulatory technical standards to specify the information that an application for authorisation of an issuer of asset-referenced tokens must contain (Art. 16(4)); and (iii) draft regulatory technical standards further specifying own funds requirements (Art. 35(5)).

¹¹² Describing in detail how the ESMA has become such a powerful European Supervisory Authority, Aneta Spendzharova, 'Becoming a powerful regulator – The European Securities and Markets Authority (ESMA) in European financial sector governance', The Academic Research Network on Anglicification of EU Executive Governance (TARN), Working Paper 8/2017 [2017].

Established in 2011 by Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010),¹¹³ the EBA is the ESA that will handle the supervision of significant asset-referenced tokens and e-money tokens under the MiCA Regulation proposal.

Effectively, due to the impact that FinTech may have on the fulfilment of the EBA's statutory objectives and its duty to monitor new and existing financial activities and to adopt guidelines and recommendations to promote the safety and soundness of markets and convergence of regulatory practice (Art. 9 of the EBA Founding Regulation), this Authority is already accompanying FinTech issues, on which it has conducted extensive and relevant work.¹¹⁴

By analysing the amendments introduced in the EBA Founding Regulation,¹¹⁵ this authority evolved from a standard-setter to a supervisor with increasing powers.¹¹⁶ In this regard, the successful assignment of the mandates to the EBA by the Second Payment Services Directive (PSD2)¹¹⁷ and its work in the field of consumer protection could justify the Commission's preference for this authority. Furthermore, the EBA has already developed work on the applicability and suitability of the existing EU financial services regulatory framework for crypto-assets, in line with the mandate assigned to the EBA¹¹⁸ and the ESMA¹¹⁹ in the 2018 FinTech Action plan¹²⁰ and has been following the virtual currencies theme since 2013¹²¹.

Thus, the right combination of expertise in payment services, consumer protection, FinTech issuances and virtual currencies makes the EBA the most suitable candidate for effective supervision of significant asset-referenced and e-money tokens under the previously described terms.

However, the legal basis of the MiCA Regulation proposal is Art. 114 of the TFEU, which confers on the European institutions the competence to lay down appropriate provisions for the approximation of laws of the Member States, the main purpose of which is the establishment

¹¹³ OJ L 331, 15.12.2010, p. 12.

¹¹⁴ As per Art. 8(1)(f) of Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC (EBA Regulation), the EBA has a duty "to monitor and assess market developments in the area of its competence including where relevant, developments relating to trends in credit, in particular, for households and SMEs and innovative financial services duly considering developments relating to environmental, social and governance-related factors".

¹¹⁵ For a sound overview of this evolution, see Eilís Ferran, 'The Existential Search of the European Banking Authority', [2016] 17 EBOLR 286, footnote 1.

¹¹⁶ However, as noted by Ferran, citing the EBA chair Andrea Enria, in supervisory terms, the EBA still faces an "existential search" for a "value-added" contribution, *ibid*, 286.

¹¹⁷ Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC (OJ L 337, 23.12.2015, p. 35). The PSD2 assigned to the EBA mandates ranging from Regulatory Technical Standards on Passporting, Notification and supervision to strong customer authentication issues, a complete overview of PSD2 mandates to the EBA and its timelines can be found here: <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/87703/5c2493a4-ef26-4434-8338-736895bd423f/EBA%20Mandates%20PSD2.pdf?retry=1>.

¹¹⁸ EBA, Report with advice for the European Commission on crypto-assets, 2019 <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2545547/67493daa-85a8-4429-aa91-e9a5ed880684/EBA%20Report%20on%20crypto%20assets.pdf>, accessed on 13.03.2021

¹¹⁹ ESMA, Advice on 'Initial Coin Offerings and Crypto-Assets', 2019 https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf, accessed on 13.01.2021.

¹²⁰ European Commission, FinTech Action plan, COM/2018/109 final <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-109-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>, accessed on 14.03.2021.

¹²¹ EBA Opinion on 'virtual currencies', [2014] EBA/Op/2014/08 <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1>, accessed on 14.03.2021.

and functioning of the internal market, but does not set a clear-cut legal basis for assigning new powers to European agencies.¹²²

This leads to an important discussion that gave rise to much debate during the establishment of the Banking Union,¹²³ causing rivers of ink to flow, namely the agency debate. In this regard, the previous Court of Justice of the European Union (CJEU) cases on competence under Art. 114 of the TFUE are noteworthy, as well as its conclusions that those provisions do not assign a general competence for the regulation of the internal market and that rules are required to improve its functioning instead of only addressing national divergences.¹²⁴ Moreover, the Global Financial Crisis intensified challenges regarding the institutional and economic governance of the Union's financial system. In the 2014 Short Selling case (also known as the *ESMA* case),¹²⁵¹²⁶ the UK challenged the ESMA's supervisory powers conferred by the Short Selling Regulation,¹²⁷ and the *Pringle* and *Gauweiler* cases challenged the Stability mechanism (ESM) for the Member States whose currency is the euro¹²⁸ and the Outright Monetary Transactions programme of the ECB¹²⁹, respectively.

The assignment of new supervisory powers to the EBA also needs to be seen through the lens of the CJEU old *Meroni*¹³⁰ doctrine. In this leading case, the CJEU ruled that delegation of discretionary powers to autonomous bodies could not be accepted as it presupposes the exercise of public power. Therefore, the decision-making process of European Agencies should be limited to the drafting of technical standards and not relate to broader discretionary powers as this could jeopardise the Treaty's institutional balance.¹³¹ Hence, any supervisory powers assigned to the EBA under the MiCA Regulation also need to be aligned with the *Meroni* doctrine. The EBA must draft regulatory standards and implementing technical standards, which the Commission should later adopt under Art. 290 and 291 of the TFEU. However, the EBA would also be responsible, for example, for carrying out on-site inspections, taking supervisory measures and imposing fines. As discussed in the *ESMA* case, where the CJEU provides relevant clarifications regarding the *Meroni* doctrine for European agencies,¹³² it is not easy to conceive the exercise of supervisory powers that do not contain any degree of discretion. Notwithstanding, such a margin of discretion can be limited by the MiCA Regulation or the EBA Founding Regulation. This would not mean that the accountability discussion could not soon be raised in the crypto-assets market.¹³³

¹²² Earlier referred to as Art. 352 of the TFEU. However, this article requires unanimity of the Council. Although it was discussed in the Treaty of Nice, when Romano Prodi was President of the Commission, there is no explicit legal basis for the establishment of European agencies. See Romano Prodi, Speech/00/352 (Plenary Session of the European Parliament, Strasbourg, 3 October 2000) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_00_352 accessed on 10.03.2021.

¹²³ By Banking Union, one should understand the combination of the Single Supervisory Mechanism (SSM), the Single Resolution Mechanism (SRM) and the yet to be created European Deposit Insurance Scheme (EDIS).

¹²⁴ In this vein see Case C-376/98, *Germany v Parliament and Council* [2000], ECLI:EU:C:2000:324, para. 107.

¹²⁵ Case C-270/12, *United Kingdom v Parliament and Council* [2014], ECLI:EU:C:2014:18.

¹²⁶ *Discussing the validity of the rules delegating extensive power to an EU agency by referring to the ESMA case*, Steve Peers and Marios Costa 'Reassessing the accountability of EU decentralized agencies: Mind the Independence Gap' [2016] *European Public Law* 22(4), 645.

¹²⁷ Regulation (EU) No 236/2012 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2012 on short selling and certain aspects of credit default swaps (OJ L 86, 24.3.2012, p. 1).

¹²⁸ Case C-370/12 *Pringle v Government of Ireland and Others* [2012], ECLI:EU:C:2012:756.

¹²⁹ Case C-62/14, *Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag* [2015], ECLI:EU:C:2015:400.

¹³⁰ Case 9/56, *Meroni & Co, Industrie Metallurgische SpA v High Authority* [1958], ECLI:EU:C:1958:7;

¹³¹ *Meroni*, "To delegate a discretionary power, by entrusting it to bodies other than those which the Treaty has established to affect and supervise the exercise of such power each within the limits of its own authority, would render that guarantee ineffective", 152.

¹³² *ESMA case*, (n125) paras. 43-54.

¹³³ Extensive discussion on how it is possible to strike the right balance between the political neutrality (independence) of European agencies and accountability requirements, Peers and Costa (n126), 8-18.

Lessons can be drawn from this agency debate regarding the EBA's supervision of significant crypto-assets; the most relevant is that EBA activity in this market would undoubtedly be subject to intense scrutiny not only by the market but also by the Member States and ultimately by the CJEU itself. However, this would not likely jeopardise its expected efficiency as a supervisor of asset-referenced tokens and e-money tokens.

4 How could the EBA role be even more effective?

4.1 Permanent internal committee for crypto-assets

Similar to the governance of the other two ESAs, the Board of Supervisors (BoS) of the EBA is its main decision-making body and consists of a Chairperson and the heads of the competent national authorities (voting members).¹³⁴ The BoS is responsible for guiding the EBA's work, approving all the policy decisions and adopting the Technical Standards, Guidelines, Opinions and Reports of the EBA (Art. 43(1) of the EBA Founding Regulation¹³⁵).

However, to assure the celerity and effectiveness of the EBA decision-making procedures in terms of an ever-evolving market like that of crypto-assets, consideration could be given to the possibility of having decisions on specific matters related to significant asset-referenced tokens or e-money tokens delegated by the BoS to an internal committee.

Effectively, Art. 41(1) of the EBA Founding Regulation provides for the possibility of the BoS, at its initiative or at the Chairperson's request, to establish internal committees for the specific tasks with which it has been assigned. The BoS may also provide for the delegation of clearly defined tasks and decisions to internal committees.

The establishment of an internal committee is not an untested solution for the Union legislator, as a permanent internal committee for preparing EBA decisions under the BRRD (the Resolution Committee - ResCo)¹³⁶ was already created by Art. 127 of the BRRD¹³⁷. Furthermore, Art. 24a of the EMIR¹³⁸ also provides for the existence of a CCP Supervisory Committee (CCPSC) as a permanent internal committee of the ESMA, reporting to the BoS.

These two committees (namely their tasks, composition and functioning) could inspire the introduction of a provision for establishing a crypto-assets committee in the MiCA Regulation. The establishment of such a permanent internal committee could be advantageous for the EBA's

¹³⁴ For a description of the micro-prudential supervision of the European Supervisory Authorities, see Brigitte Haar, 'Organizing Regional Systems: The EU Example' in Niamh Moloney, Eilís Ferran and Jennifer Payne (eds), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (Oxford 2015), 175. Specifically, on the EBA structures functions and powers, see Elaine Fahey, 'Does the Emperor Have Financial Crisis Clothes? Reflections on the Legal Basis of the European Banking Authority' [2011] 74(4) MLR, 584-586.

¹³⁵ Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC (OJ L 331 15.12.2010, p. 12) (EBA founding Regulation).

¹³⁶ See the Decision of the European Banking Authority establishing the ResCo (EBA/DC/2020/310) https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/About%20Us/Legal%20Framework/Updated%20Files%2026022019/854483/2020%2001%2022%20BoS%20ESAs%20Review%20-%20ResCo%20RoP.pdf, accessed on 13.03.2021.

¹³⁷ Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council (OJ L 173 12.6.2014, p. 19).

¹³⁸ Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories (OJ L 201 27.7.2012, p. 1).

supervisory decisions by making them more efficient and well-timed, without undermining the intervention of the BoS as the higher decision-making body of the Authority.

4.2 Colleges for issuers of significant asset-referenced tokens and e-money tokens

The arrangements of supervisory colleges are an essential part of the MiCA Regulation proposal, as well-functioning supervisory colleges could ensure that issues are duly identified before being transmitted to other parts of the crypto-assets ecosystems and that supervisory activities are efficiently coordinated.

As laid down in Art. 99 and Art. 101, the EBA must establish, manage, and chair the supervisory colleges for each issuer of significant asset-referenced tokens and e-money tokens to facilitate its exercise of supervisory tasks.

However, the MiCA Regulation provisions do not tackle some of the relevant issues for the proper functioning of these colleges. On the one hand, there is a lack of clarity regarding the colleges' objectives and cooperation with third-country authorities.¹³⁹ On the other hand, the condition of membership based on an undefined "proxy" of relevance regarding the competent authorities, the definition of tools and equally "non-binding" opinions imposed by the college members on the competent authorities or the EBA, without taking into account the fact that the addressees of the opinions (competent authorities and EBA) are also members of the colleges, do not appear to be suitable for the challenges ahead.

As the "devil" in such complex arrangements is in the details, the co-legislators could consider introducing some improvements to the MiCA Regulation provisions regarding supervisory colleges (Art. 99 to 102). To begin, a possible solution would be to provide for additional flexibility in the college's constitution to tackle the complexity of crypto-assets ecosystems; for example, by establishing a single college for issuers of crypto-assets, instead of mushrooming colleges for each issuer of significant asset-referenced tokens and e-money tokens.

Effectively, when a group of supervisors supervise activities like crypto-assets issuance, arrangements similar to supervisory colleges can be intricate and might entail "considerable coordination challenges" similar to those experienced by regulatory networks.¹⁴⁰ Therefore, it would be preferable to have the rules of the game laid down in Level 1.¹⁴¹

III CONCLUSION

When discussing whether the most effective solution to supervise significant asset-referenced tokens and e-money tokens would be assigning such responsibility to the EBA, one may inevitably find a reference to the superior knowledge of the competent national authorities, the ECB or the ESMA regarding supervised entities, markets and regulation. However, in recent years, the EBA has proven its capacity to handle new and challenging assignments. The EBA works to deliver the

¹³⁹ This is expected to be particularly important for global asset-referenced tokens or e-money tokens, such as those designed by the Diem Association, formerly known as the Libra Association. See the White Paper available at <https://www.diem.com/en-us/white-paper/>, accessed on 13.03.2021.

¹⁴⁰ Julia Black addresses the challenges of regulatory networks in 'Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes', [2008] 2 Regulation & Governance, 137-164, and Robert Baldwin, Martin Cave and Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (2nd edn, OUP, 2012), 159-163.

¹⁴¹ The Lamfalussy Report introduced a specific regulatory process for financial services, which was upgraded following the global financial crisis. Under this Report, Level 1 acts are regulations and directives proposed by the Commission and adopted by the European Parliament and the Council through the ordinary legislative procedure, formerly the "co-decision" procedure; the so-called "basic acts" that set framework principles.

PSD2 mandates and fulfil its statutory duty to monitor new and already existing financial activities; together with its close analysis of FinTech and virtual currencies issues, the EBA appears to be the most suitable supervisor for this challenge. Nevertheless, as this analysis demonstrates, the co-legislators could introduce some improvements in the MiCA Regulation to address possible caveats in the EBA's future role as supervisor of significant asset-referenced and e-money tokens.

Citing Moloney, "Regulation does not operate in a vacuum; it must be operationalized through supervision, which is a 'hands on' business".¹⁴² Whether or not the EBA will have "hands" to supervise the most significant parts of the crypto-assets business at the Union level is yet to be seen. Even so, the European Commission's bet on the EBA appears to be a winning one for the time being.

IV BIBLIOGRAPHY

Armour J., Awrey D., Davies P., Enriques L., Gordon J., Mayer C. and Payne J., *Principles of Financial Regulation* (1st edn, OUP, 2016).

Baldwin R., Cave M. and Lodge M., *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (2edn OUP, 2012).

Banco de Portugal, Occasional paper on crypto-assets, (Occasional Paper no 4, 2020), 12-18 <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/op202004.pdf> accessed on 13.03.2021.

Barlow J., 'A Declaration of the Independence of Cyberspace' (1999) Electronic Frontier Foundation <https://www.eff.org/cyberspace-independence> accessed 11.03.2021.

Black J., Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes, [2008] 2 Regulation & Governance.

Diem Association, White Paper available at <https://www.diem.com/en-us/white-paper/> accessed on 13.03.2021.

EBA, Report with advice for the European Commission on crypto-assets, 2019 <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2545547/67493d-aa-85a8-4429-aa91-e9a5ed880684/EBA%20Report%20on%20crypto%20assets.pdf> accessed on 13.03.2021

EBA, Opinion on 'virtual currencies', [2014] EBA/Op/2014/08 <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b9-4-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1> accessed on 14.03.2021

ECB, Opinion of the European Central Bank of 19 February 2021 on a proposal for a Regulation on markets in crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (CON/2021/4)

ECB, Crypto-Assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructure (Occasional Paper Series no 22, 2019), 21-28 <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op223~3ce14e986c.en.pdf> accessed on 13.03.

¹⁴² Niamh Moloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation* (3rd edn, OUP, 2014), 944.

European Commission, FinTech Action plan, COM/2018/109 final
<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-109-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> accessed on 14.03.2021.

ESMA, Advice on 'Initial Coin Offerings and Crypto-Assets', 2019
https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf
 accessed on 13.03.2021.

FATF, FATF Recommendations 2012, as amended October 2020, <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html> accessed on 2.02.2021.

Fahey E., 'Does the Emperor Have Financial Crisis Clothes? Reflections on the Legal Basis of the European Banking Authority' (2011) 74(4) MLR.

Ferran E., 'The Existential Search of the European Banking Authority', [2016] 17 EBOLR.

Haar B., "Organizing Regional Systems: The EU Example" in Niamh Moloney, Eilís Ferran, and Jennifer Payne (eds), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (Oxford 2015)

Lautenschläger S., 'Digital na(t)ive? Fintechs and the future of banking' (Statement by Ms Sabine Lautenschläger, Member of the Executive Board of the European Central Bank and Vice-Chair of the Supervisory Board of the Single Supervisory Mechanism, at an ECB Fintech Workshop, Frankfurt am Main, 27 March 2017),
https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2017/html/sp170327_1.en.html accessed on 14.03.2021.

Moloney N., *EU Securities and Financial Markets Regulation* (3rd edn, OUP, 2014)

_____, 'International Financial Governance, The EU, and Brexit: The 'Agencification' of EU financial governance and the implications', [2016-12], Vol.17(4), EBOLR, 459.

_____, 'European Banking Union: assessing its risks and resilience' [2014], CML Rev 51(6), 33 and 32, <http://eprints.lse.ac.uk/60572/> accessed at 9.03.2021.

Paech P., 'The Governance of Blockchain Financial Networks', (2017) 80 (6) MLR.

Peers S. and Costa M., 'Reassessing the accountability of EU decentralized agencies: Mind the Independence Gap' [2016] *European Public Law* 22(4), 645.

Prodi R., Speech/00/352 (Plenary Session of the European Parliament, Strasbourg, 3 October 2000)
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_00_352 accessed on 10.03.2021

ROFIEG, Final Report to the European Commission: 30 recommendations on regulation, innovation and finance, December 2019, https://ec.europa.eu/info/publications/191113-report-expert-group-regulatory-obstacles-financial-innovation_en accessed on 13.03.2021

Spendzharova A., 'Becoming a powerful regulator – The European Securities and Markets Authority (ESMA) in European financial sector governance', *The Academic Research Network on Agencification of EU Executive Governance (TARN) Working Paper 8/2017* [2017].

Weismann P., 'The ECB's Supervisory Board Under the Single Supervisory Mechanism (SSM): A Comparison with European Agencies', [2018] 24(2) *European Public Law*.

Wolfers B. and Volland T., 'Level the Playing Field: The New Supervision of Credit Institutions by the European Central Bank', [2014] 51 CML Rev.

3 Comentário ao Acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional português: o controlo da “constitucionalidade” do direito da União Europeia

Luís Barroso¹⁴³

Abstract

In July 2020, the Portuguese Constitutional Court (PCC) issued a judgment in which, for the first time in its history, it addressed the relationship between EU law and national constitutional law. The case concerned an alleged violation of the constitutional principle of equality by an EU Regulation, following the interpretation provided by the Court of Justice of the European Union (CJEU). The PCC used this opportunity to lay down a general formula seeking to clarify the limits of its own competence to review EU legal acts, based on Article 8(4) of the Portuguese Constitution. The PCC considered that it could only deny the application of EU law if the rule in question is incompatible with a fundamental principle of the democratic constitutional state which is not afforded in EU law (including the case-law of the CJEU) a similar value to the one recognised by the Portuguese Constitution. While the boundaries of this test are not yet fully clear, the PCC is arguably restricting its own competence beyond the literal wording of the Constitution. In addition, it may not be desirable to reduce the space for judicial dialogue with the CJEU, when striving for adequate legal responses at national level within the scope of EU law.

I INTRODUÇÃO

No dia 1 julho de 2020, o Tribunal Constitucional (“TC”) proferiu um acórdão (“Acórdão”) no qual, pela primeira vez na sua história, abordou a relação entre a ordem jurídica da União Europeia e o direito constitucional nacional¹⁴⁴.

Estava em causa um Regulamento da União Europeia que estabelece as condições para a atribuição e controlo de apoios à exportação de produtos para países terceiros. Discutia-se se uma garantia prestada por um exportador, que permite obter antecipadamente o referido apoio, pode considerar-se extinta após a concretização da exportação, ou se, pelo contrário, a

¹⁴³ Departamento de Serviços Jurídicos do Banco de Portugal. As opiniões apresentadas neste artigo são as do autor e não refletem necessariamente as do Banco de Portugal ou do Eurosistema. O Autor agradece ao Doutor Armando Rocha os comentários a uma versão preliminar deste artigo.

¹⁴⁴ Acórdão, N.º 422/2020, Processo n.º 528/2017, Plenário, Relator: Conselheiro José António Teles Pereira. Disponível aqui: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html>

entidade que concede o apoio pode valer-se da garantia caso mais tarde se verifique que as condições em que os produtos deviam ter sido exportados não se verificaram. A questão foi avaliada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), em sede de reenvio prejudicial (noutro processo), tendo-se aí confirmado que o Regulamento deve ser interpretado no sentido de que a garantia não se extingue no momento da exportação dos produtos.

Os requerentes consideraram que este Regulamento, nos termos em que foi interpretado pelo TJUE, viola o princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (“Constituição”). Neste quadro, o TC aproveitou para, finalmente, posicionar a questão colocada nos termos do artigo 8.º, n.º 4 da Constituição. Confrontavam-se, assim, as duas partes da norma, que dispõe que *“[a]s disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União”, seguindo-se a ressalva “com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”*.

O Acórdão é relevante, sobretudo, pelo critério geral que formula para definir a relação do direito da União com o direito constitucional interno. O critério, inspirando-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão nos anos oitenta do século passado, propõe que o TC apenas verifique a conformidade de normas adotadas pelas instituições europeias com a Constituição se for invocada a violação de um princípio fundamental do Estado de direito democrático que não goze, ao nível do direito da União, de um “valor paramétrico materialmente equivalente” ao que lhe é reconhecido na Constituição.

Tratando-se este de um critério restritivo, que interessa compreender e avaliar, podem ainda assim identificar-se algumas ambiguidades e tensões internas no Acórdão, que foi decidido por unanimidade e sem qualquer declaração de voto.

II O ENQUADRAMENTO FACTUAL E JURÍDICO DO RECURSO

O recurso perante o TC envolvia dúvidas sobre a conformidade de um Regulamento da União Europeia – o Regulamento (CEE) n.º 2220/85 da Comissão, de 22 de julho de 1985 – com o princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da Constituição, considerando a interpretação do TJUE quanto a esse Regulamento.

Em particular, a recorrente discordava da conclusão segundo a qual uma garantia constituída para a obtenção antecipada de um apoio à exportação não devia considera-se extinta no momento da exportação dos bens em causa, podendo, ao invés, ser acionada em momento posterior, caso se verificasse que alguma das condições de que dependia a atribuição do subsídio não estava cumprida¹⁴⁵. Neste contexto, a violação do princípio da igualdade teria que ver com a circunstância de os exportadores que tivessem obtido o subsídio sem terem constituído uma garantia (nesse caso não havia lugar à atribuição antecipada do subsídio)

¹⁴⁵ Trata-se aqui das designadas “restituições à exportação”, correspondendo à atribuição a um exportador para países terceiros (de modo a incentivar a exportação de produtos agrícolas do mercado interno para fora da União Europeia) de um subsídio à exportação, cobrindo este a diferença entre o preço dos produtos no comércio internacional e o preço desses mesmos produtos no mercado europeu.

poderem usufruir do subsídio logo no momento da exportação, sem estarem sujeitos ao possível acionamento de uma garantia em momento posterior à exportação dos bens.

A prestação de uma garantia constituía o requisito da antecipação ao beneficiário do valor da “restituição”, que podia assim ser adiantada, como aconteceu neste caso, ou ser entregue a final, concluído o processo de exportação. O direito ao recebimento das restituições estaria, em todo o caso, condicionado à circunstância de os produtos serem objeto da exportação com “qualidade sã, leal e comerciável”.

Antes de o recurso chegar à jurisdição constitucional, a controvérsia em questão conheceu várias etapas. Iniciou-se, em primeira instância, através de uma ação declarativa movida pela recorrente no processo perante o TC, contra o Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I. P. (IFAP) e um banco. Pediu-se a declaração de que o objeto da garantia bancária prestada relativamente ao financiamento pelo IFAP de uma operação de exportação já se encontrava extinto à data do seu acionamento.

Tendo sido proferida sentença julgando a ação improcedente e considerando-se regularmente acionada a garantia, houve depois lugar a recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa. A recorrente notou que, noutro processo perante o mesmo tribunal, estava a ser discutida uma questão semelhante à que se colocava na nova ação, tendo sido ordenado o reenvio prejudicial para o TJUE, para que este se pronunciasse sobre a interpretação dos artigos do 4.º, n.º 1, do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão, de 27 de novembro de 1987, e 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85 da Comissão, de 22 de julho de 1985, na perspetiva da “liberação” da garantia prestada, no quadro do artigo 22.º, n.º 1, do primeiro Regulamento citado.

A recorrente defendeu que o uso das garantias bancárias prestadas para sancionar irregularidades verificadas posteriormente à aquisição do direito à restituição implica desvirtuar o regime dos adiantamentos das restituições às exportações, além de esse entendimento violar o princípio da igualdade, na medida em que significa tratar de modo diferente e mais gravoso os exportadores que recorreram a restituições antecipadas, face aos que seguiram o regime geral das restituições, perante o mesmo enquadramento legal.

Em 11/12/2014, o TJUE proferiu a um acórdão respondendo ao pedido no reenvio prejudicial, tendo concluído (no Processo n.º C-128/13) que:

“[o] artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85 da Comissão, de 22 de julho de 1985,(...) deve ser interpretado no sentido de que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido não se deve considerar extinta, mesmo que se verifique que o exportador apresentou os documentos relativos à aceitação da declaração de exportação e à prova de que os produtos deixaram o território aduaneiro da União Europeia no prazo máximo de 60 dias a contar de tal aceitação, bem como à prova de que tais produtos foram desalfandegados no país terceiro importador, se os outros requisitos para a concessão da restituição, designadamente o requisito da qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados, (...) não estiverem preenchidos”.

Após o Tribunal da Relação de Lisboa ter decidido confirmar o julgamento em primeira instância, a recorrente interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça. Por sua vez, neste Tribunal foi proferido acórdão discordante da impugnação, tendo-se aí notado que questão central do recurso estava relacionada com a interpretação da uma norma de um Regulamento da União Europeia que foi objeto de pedido de reenvio prejudicial para o TJUE, no âmbito do qual este último transmitiu a sua interpretação, que não acolhia a tese da recorrente.

Observou ainda o mesmo Tribunal que a recorrente procurava operar “uma comparação entre o regime do exportador que, obtendo um adiantamento do subsídio, teve de prestar caução e daquele exportador que – não tendo requerido qualquer adiantamento – não teve de prestar qualquer garantia pessoal.”. Porém, o acórdão do TJUE deixava claro que que “tal comparação carece de sentido, já que estamos confrontados com duas situações materialmente distintas – uma em que se verificou prestação de garantia pessoal e outra em que inexistiu qualquer garantia prestada pelo exportador.” Inexistindo a prestação de qualquer garantia, carecia de lógica a definição do momento em que essa garantia se extingue¹⁴⁶.

Foi depois interposto recurso desta última decisão para o Tribunal Constitucional, voltando-se a insistir no problema da inconstitucionalidade, por violação do artigo 13.º da Constituição.

III O ACÓRDÃO

Entrando na parte da fundamentação do Acórdão, o TC, procurando clarificar a base da questão colocada pela recorrente, tece desde logo algumas considerações sobre a perspectiva segundo a qual a “distinção” entre exportadores (os que prestaram a garantia para a receção antecipada do apoio e os que não o fizeram) assume carácter arbitrário¹⁴⁷.

Para o TC, a desigualdade apontada pela recorrente não tem, à partida, sustentação, pelo facto de os exportadores estarem numa situação diferente consoante tenham, ou não, recebido antecipadamente o apoio à exportação, ainda que todos estejam sujeitos ao controlo de verificação do cumprimento das condições de que depende a atribuição do subsídio e às consequências (de perda desse apoio) que a falta dessas condições pode implicar. Assim, “...os exportadores que não são apoiados antecipadamente, diversamente da ora recorrente, não receberam à partida (não lhes foi adiantado) qualquer valor e, por isso, sendo muito diferente, para o prestador do apoio, o risco de desvio do fim por ele assumido no quadro da atribuição dessa prestação, não tiveram de constituir qualquer garantia.”. No entanto, “e essa circunstância faz toda a diferença, tiveram de suportar estes exportadores, até à entrega da restituição no final, a diferença, para menos, do preço de venda dos bens exportados (é essa diferença de preço, em países terceiros, que determina a concessão do apoio comunitário)”¹⁴⁸.

1 O “problema” da relação entre as ordens jurídicas europeia e nacional

O TC observa que “[e]stá em causa, em função dos pontos de referência da questão de inconstitucionalidade, o problema da relação entre a ordem jurídica da União Europeia, aqui manifestada através de uma disposição integrante de um Regulamento interpretada pelo TJUE, e a ordem jurídica nacional, por via da pretensão de referenciar negativamente essa norma de [direito da União] a uma norma constitucional nacional (o artigo 13.º, da Constituição)”¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Acórdão, ponto 1.3.1.

¹⁴⁷ Acórdão, ponto 2.2.1.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ Acórdão, ponto 2.3.

Destaca-se ainda o facto de a questão ter associada a si uma decisão do TJUE num acórdão em que este se pronunciou num outro processo, a título prejudicial, sobre a mesma questão substancial¹⁵⁰. Com efeito, a norma do Regulamento da União “adquiriu, através da interpretação do TJUE nesse anterior reenvio, relativamente ao concreto problema aqui em causa, uma natureza especial no seio do [direito da União], comumente identificada como ato clarificado (traduzindo a expressão francesa – *acte éclairé* – usualmente empregue neste contexto), identificando (a par da de ato claro/*acte clair*) um pressuposto da exceção à obrigação de reenvio independente sobre os tribunais nacionais...”¹⁵¹.

Assumindo, pois, que não haverá lugar a reenvio prejudicial no presente caso, o TC considera que “induz o recurso um problema complexo, que tem originado no espaço jurídico europeu um vivo debate, com importantes reflexos na jurisprudência do TJUE e das diversas jurisdições constitucionais nacionais”, sendo “nesse debate que este Tribunal entrará – assumidamente entrará –, esclarecendo o alcance da norma constitucional que essa incidência convoca (o artigo 8.º, n.º 4) e que se refletirá no elemento decisório que será afirmado a final no dispositivo”¹⁵².

O TC começa por observar que a discussão implícita no artigo 8.º, n.º 4, da Constituição gira, sobretudo, em torno do reflexo nas jurisdições dos Estados-membros “de duas construções jurídicas há largos anos erigidas em princípios identitários do [direito da União] (...) pela jurisprudência do TJUE: o princípio do efeito direto e o princípio (...) do primado do [direito da União] sobre o Direito dos Estados-membros, apresentando este último uma mais direta incidência na temática do presente recurso”¹⁵³.

Para o TC, embora a jurisprudência não constitua “*fonte formal* de Direito da União Europeia”, interessa destacar que os acórdãos *Van Gend en Loos* e *Costa c. ENEL* traduzem “uma forte expressividade identitária” do direito da União, tendo passado em todo o caso a “integrar um verdadeiro *acquis communautaire*, gerador de um efeito de vinculação decisória a determinados pressupostos interpretativos, definidos e projetados pelo Tribunal como correspondendo à essência significativa do [direito da União]”¹⁵⁴.

Procurando clarificar a importância do princípio do primado do direito da União, o TC considera que com a afirmação deste princípio, “tratou-se de (...) de perspetivar (em termos distintos de uma situação de incumprimento) uma realidade muito particular, expressa na asserção, presente em *Costa c. Enel*, de que os Estados integrantes, ao instituírem um quadro assente numa tão forte integração (ou ao aderirem a esse quadro) deram vida a uma realidade muito específica, distinta da usualmente decorrente dos tratados internacionais ordinários, postulando esse carácter peculiar um tipo de primazia normativa diferente, porque baseado num instrumento qualitativamente diferenciado daqueles na sua intencionalidade”¹⁵⁵.

Sem prejuízo, o princípio do primado distingue-se, esclarece o TC, “das construções jurídicas típicas dos sistemas federais, assentes, com gradações diversas, no princípio da *supremacia* da ordem jurídica federal”, vigente, por exemplo, nos ordenamentos constitucionais dos Estados Unidos da América e da República Federal da Alemanha¹⁵⁶. Apesar da diversidade dos modelos

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ Acórdão, ponto 2.3.1

¹⁵⁴ Acórdão, ponto 2.3.1.1.

¹⁵⁵ Acórdão, ponto 2.3.2.2.1.

¹⁵⁶ Acórdão, ponto 2.3.2.3.

federais, “nestes os tribunais do nível federal têm invariavelmente a competência para apreciar a conformidade da lei estadual com a ordem jurídica federal; pelo contrário, o TJUE não pode syndicar os atos legislativos dos Estados-membros”¹⁵⁷. Ora, se o primado não for reconhecido pelos tribunais nacionais, “os únicos instrumentos de garantia ao dispor da União Europeia são os mecanismos de responsabilidade por incumprimento.” Conclui-se que o primado do direito da União “encontra-se, por isso, a meio caminho entre a supremacia do direito federal e a garantia do direito internacional, nisso se refletindo a natureza peculiar do processo de integração europeia”¹⁵⁸.

2 O primado sobre as normas constitucionais nacionais

O princípio do primado aplica-se ao conjunto do Direito nacional, independentemente da sua natureza e estatuto hierárquico interno. Ainda assim, como nota o TC, a afirmação deste princípio também no caso das normas constitucionais dos Estados-Membros, constando da decisão do Tribunal de Justiça no acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, em 1970, tornou-se particularmente assertiva¹⁵⁹.

No acórdão *Internationale Handelsgesellschaft* a afirmação do princípio do primado ocorreu, precisamente, no confronto com normas constitucionais internas relativas a direitos fundamentais. O TC destaca o facto de essa afirmação ter acontecido ao mesmo tempo que o Tribunal de Justiça observava que “o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça”, pelo que “[a] salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objetivos da Comunidade.”. O TJUE assumiu, deste modo, o controlo da conformidade do direito da União aos direitos fundamentais, “correspondendo a pretensão de tutela destes nos (e só através dos) quadros constitucionais nacionais à essência da resistência (ou da negação), nesse plano, da ideia de primado”¹⁶⁰.

Paralelamente, o TC considera ser sintomático que “o primeiro passo dado pelo Tribunal de Justiça neste *diálogo* de jurisdições (...) [possa] ser qualificado (...) como uma *confrontação conciliatória*, no sentido em que o Tribunal, assumindo como própria uma competência material enfaticamente afirmada por uma outra jurisdição (...), integrou (...) na respetiva *ratio decidendi* – o que consabidamente constituía a *gramática* própria do constitucionalismo germânico – expressa no *princípio da proporcionalidade* –, com a qual (com o qual) o Tribunal Administrativo de *Frankfurt am Main* confrontara nessa ocasião o Tribunal de Justiça no pedido de decisão prejudicial respeitante à validade de uma norma de Direito Comunitário”¹⁶¹.

Tal como observa o TC, o acórdão *Internationale Handelsgesellschaft* “originou, em maio de 1974, no seu seguimento na jurisdição constitucional alemã, a sentença comumente designada

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ Acórdão, ponto 2.3.3.1

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ *Idem*.

como *Solange I*...¹⁶². Nesta, pode observar-se “a recusa de aceitação do tipo de primado nesse contexto estabelecido pelo TJUE, embora essa recusa (...) apareça algo mitigada, no seu efeito prático, pela afirmação da conformidade à *Grundgesetz* das disposições de [direito da União] af em causa...”¹⁶³.

Nesse acórdão o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*, doravante “BVfG”) considerou que enquanto (“*solange*”) a Comunidade Europeia não propiciasse um nível de proteção dos direitos fundamentais equivalente ao da Lei Fundamental, o BVfG não poderia aceitar uma projeção do princípio do primado nos termos absolutos afirmados pelo TJUE, já que daí resultaria uma alienação de um elemento identitário essencial da Lei Fundamental, i.e. a proteção dos direitos fundamentais com o exato nível propiciado pelo controlo exercido na jurisdição constitucional alemã.

Doze anos depois, em 1986, esta posição evoluiu de forma relevante, no acórdão *Solange II* ¹⁶⁴, tendo o BVfG reconhecido existir, na evolução entretanto operada no direito da União, um nível de proteção dos direitos fundamentais muito semelhante ao decorrente da Lei Fundamental. O BVfG decidiu, em *Solange II*, que enquanto se mantivesse esse estado de coisas (ou seja, enquanto se mantivesse esse nível substantivo e adjetivo de proteção), o BVfG simplesmente não interviria no controlo do direito da União¹⁶⁵.

3 Acomodação do TJUE e a “saga *Taricco*”

Após considerar o caráter particular do primado quando aplicado à relação com as ordens constitucionais nacionais, o TC destaca, não obstante, que se observa, por parte do TJUE, “...concretamente em situações de impasse com jurisdições constitucionais nacionais ou em casos que pressajam o eclodir de um grave conflito nesse quadro relacional, decisões construídas de molde a propiciar algum tipo de acomodação à afirmação pelas jurisdições constitucionais nacionais da subsistência de espaços de autonomia própria no relacionamento com o [direito da União], intangíveis à projeção absoluta do princípio do primado”¹⁶⁶.

Com efeito, “mesmo quando a construção jurisprudencial do princípio do primado, referido à relação do [direito da União] com as normas constitucionais dos Estados-membros, aponte (...) para uma visão absolutamente incondicionada da incidência do princípio [e] à prova do Direito constitucional nacional (...), o que é facto é que a prática do TJUE não deixa de nos fornecer uma imagem mais relativizada – e muito mais complexa – da realidade do princípio, quando situado a este nível”¹⁶⁷.

¹⁶² Acórdão, ponto 2.3.3.2. “*Solange I*”: BVerfG, Beschluss vom 29.Mai 1974 – AZ. 2 BvL 52/71

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ “*Solange II*”: BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, Az.: 2 BvR 197/83

¹⁶⁵ Acórdão, ponto 2.3.3.2. Acrescenta o TC que após a decisão *Solange II* “o Tribunal Constitucional alemão projetou posteriormente a ratio decidendi desta à categoria de pressuposto processual de admissibilidade do controlo do [direito da União], introduzindo um significativo filtro processual de potenciais conflitos (...) [f]ê-lo no chamado caso *Bananas* (decisão de 7/06/2000, 2 BvL 1/97), ao considerar “[...] que o meio processual para proteção de direitos fundamentais [o recurso de queixa constitucional] podia, mas só podia, ser admitido se viesse acompanhado da alegação de que o Tribunal de Justiça europeu não estaria a assegurar o nível exigível de tutela dos direitos fundamentais” (Miguel Galvão Teles, “Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – em Particular sobre o Artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no Centenário do seu Nascimento*, vol. II, Lisboa, 2006, p. 301).”

¹⁶⁶ Acórdão, ponto 2.4.

¹⁶⁷ *Idem*.

Aqui, o foco do TC esteve na “situação que é habitualmente designada, no jargão dos cultores do [direito da União], como a *saga Taricco* (...)”, referenciando esta expressão “o episódio de *atrilção* entre o TJUE e o Tribunal Constitucional italiano relativamente à interpretação fixada pelo primeiro quanto ao artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, do TFUE na decisão *Taricco I*, de 08/09/2015 (...), ao determinar que “[i]ncum[bia] ao órgão jurisdicional nacional dar pleno efeito ao artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE, não aplicando, se necessário, as disposições de direito nacional que têm o efeito de impedir que o estado-Membro em causa respeite as obrigações que lhe são impostas pelo artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE”¹⁶⁸.

As disposições de direito nacional que estavam aí em causa são que preveem, no Direito italiano, os prazos de prescrição dos procedimentos penais relativos a fraudes em matéria de IVA. Ora, se estas disposições não fossem aplicadas pelos tribunais nacionais, por se considerarem insuficientes para a existência de um prazo investigatório adequado com vista a uma proteção efetiva dos interesses financeiros da União, colocar-se-ia em causa o princípio constitucional da legalidade penal, exigindo este princípio disposições penais certas, precisas e não retroativas. A questão colocada pelo Tribunal Constitucional italiano ao TJUE foi, precisamente, neste sentido, no quadro de um novo reenvio prejudicial, que ocorreu no processo de implementação do acórdão *Taricco I* ¹⁶⁹.

Este reenvio deu origem a um novo pronunciamento do TJUE, naquela que passou a ser designada como decisão *Taricco II*. Estabeleceu nesse acórdão o TJUE que “[o] artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE deve ser interpretado no sentido de que, no âmbito de um processo penal por infrações relativas ao IVA, impõe ao juiz nacional que se abstenha de aplicar disposições internas do direito substantivo nacional em matéria de prescrição que obstem à aplicação de sanções penais efetivas e dissuasoras num número considerável de casos de fraude grave, lesiva dos interesses financeiros da União Europeia, ou que prevejam prazos de prescrição mais curtos para os casos de fraude grave lesiva dos referidos interesses do que para os casos de fraude lesiva dos interesses financeiros do Estado-Membro em causa, a menos que essa não aplicação implique uma violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas, em razão da falta de precisão da lei aplicável ou devido à aplicação retroativa de uma legislação que impõe condições de incriminação mais severas do que as vigentes no momento em que a infração foi cometida” (sublinhado nosso)¹⁷⁰.

Segundo o TC, à prática ilustrada pela decisão *Taricco II* tem correspondido uma “prática conciliatória equivalente da generalidade das jurisdições constitucionais nacionais”, sendo esta “uma característica central da dinâmica relacional entre o TJUE e os Tribunais Constitucionais dos Estados-membros, testemunhando a prevalência, de parte a parte, de práticas de resolução dialógica da conflitualidade intrinsecamente envolvida num relacionamento complexo e no qual persistem pontos de atrito”¹⁷¹.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ A questão prejudicial foi a seguinte: [d]eve o acórdão [*Taricco*] ser interpretado no sentido de que impõe ao juiz penal que se abstenha de aplicar uma legislação nacional relativa à prescrição que obste [...] à repressão de fraudes graves lesivas dos interesses financeiros da União, ou que prevê prazos de prescrição para as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União mais curtos do que os previstos para as fraudes lesivas dos interesses financeiros do Estado, mesmo quando essa não aplicação seja contrária aos princípios supremos da ordem constitucional do Estado-Membro ou aos direitos inalienáveis reconhecidos pela Constituição do Estado-Membro?”.

¹⁷⁰ Acórdão, ponto 2.4.

¹⁷¹ *Idem*.

4 A referência aos princípios fundamentais do Estado de direito democrático

Regressando à questão vertente no recurso perante o TC, esclarece este, desde logo, que pretende separar claramente o princípio do primado na sua relação com o direito ordinário interno e o primado sobre as normas constitucionais nacionais. Relativamente às normas de Direito nacional sem natureza constitucional, o princípio do primado do direito da União “é recebido no artigo 8.º, n.º 4 da Constituição”, pelo que, “as hipotéticas sobreposições de normas surgidas nesse espaço (...) resolvem-se (...) *afastando* o direito nacional, fazendo atuar na sua essência significativa o princípio do primado, nos exatos termos fixados em 1964 pelo Acórdão *Costa c. ENEL*”¹⁷².

Já relativamente às normas nacionais de natureza constitucional considera o TC que “há que entender o inciso final – “[...] *com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*” – como consubstanciando uma exceção à (um afastamento da) limitação (um dos *contralimites* à restrição, empregando a expressão cunhada na doutrina italiana – *controlimiti* –, na sequência do Acórdão *Frontini*, proferido pelo Tribunal Constitucional em 1973, expressão cujo sentido apresenta um sugestivo paralelismo com o segmento final do n.º 4 do artigo 8.º) (...)”¹⁷³.

Assim, na construção da recorrente, o TC via-se confrontado, através da questão de inconstitucionalidade apresentada, “com um problema da mais elevada importância no quadro do relacionamento entre a jurisdição constitucional nacional e a jurisdição da União Europeia”, referindo-se “à definição, pela primeira vez, por este Tribunal – o Tribunal Constitucional nacional – dos termos em que lhe é acessível o [direito da União], no quadro do exercício da fiscalização concreta da constitucionalidade de normas (cfr. o artigo 277.º [da Constituição])”.

Neste contexto, começa o TC por enunciar as disposições da Constituição que enquadram a interação entre as duas ordens jurídicas, isto é, o artigo 7.º (*Relações internacionais*), em particular os n.ºs 5 e 6, e no artigo 8.º (*Direito internacional*), n.ºs 2, 3 e 4. Nos termos destes artigos pode observar-se que o “texto constitucional aceita, pois, o sentido funcional do princípio do primado – desde logo como expressão instrumental da «[convenção do] exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União dos poderes necessários à construção e aprofundamento da [UE]» (artigo 7.º, n.º 6, *in fine*) –, e aceita-o nos termos definidos pelo [direito da União] (...)”¹⁷⁴.

No entanto, conforme já referido, a afirmação do primado colocou novos desafios quanto à projeção deste princípio nos “elementos idiossincráticos das Constituições nacionais”¹⁷⁵. O TC traça, aqui, a evolução do texto constitucional português, destacando a importância do trecho final do artigo 8.º, n.º 4, que foi introduzido com a revisão constitucional de 2004¹⁷⁶. No processo de revisão do texto constitucional, que ocorreu no contexto da preparação e aprovação de uma “Constituição Europeia”, o artigo 7.º, n.º 6, passou ainda a incluir uma referência ao “aprofundamento” da União Europeia.

Segundo o TC, a solução alcançada na revisão de 2004, em particular no que se refere ao aditamento do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição, inspirou-se nas “definições jurisprudenciais

¹⁷² Acórdão, ponto 2.5.1.

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ Acórdão, ponto 2.6.1.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho.

em Itália (1973/*Frontini*) e na Alemanha (1986/*Solange II ...*). A referência aos princípios fundamentais do Estado de direito democrático aparece, assim, como um domínio que não foi transferido para a União Europeia, sendo inalienável para a Constituição.

Citando o acórdão do BVfG sobre o Tratado de Lisboa, o TC enquadra o trecho final do artigo 8.º, n.º 4, no sentido daquilo a que se designa de ‘*Competência das Competências*’, “na particular aceção que o liga à ideia de soberania, distinguindo-se este conceito da “*competência da competência dos tribunais*”¹⁷⁷. Para o TC a inclusão da referência àqueles princípios fundamentais manifesta o poder (nacional) de decidir sobre a limitação ao exercício de poderes próprios, aceitando os constrangimentos decorrentes de uma participação plena no projeto de integração europeia. Assim, o primado é indissociável do compromisso constitucional com a União Europeia, mas não transforma a pertença a esta União em algo que está à mercê desta, independentemente das suas consequências ou da sua evolução.

O TC não está, no entanto, disposto a retirar todas as consequências desta proximidade face ao BVfG, pois, logo de seguida, matiza a aproximação, notando que “parte desses poderes [nacionais] soberanos, integrando um espaço originariamente exclusivo, foram sendo fortemente contextualizados, em significativas manifestações desse carácter, no quadro da construção e aprofundamento da União Europeia”¹⁷⁸. Acrescenta-se que “[é] relevante sublinhar a persistente presença dessa intencionalidade, tributária de uma postura constitucional de amizade com o projeto europeu, nas diversas revisões da lei fundamental ocorridas desde 1982 (...)”¹⁷⁹.

Ora, recordando as duas dimensões do artigo 8.º, n.º 4 – de fortalecimento da autoridade do direito da União e de “contralimite” – em que “desde logo quanto ao nível de proteção dos direitos fundamentais” cessa o “elemento característico, invariavelmente afirmado pela jurisprudência do TJUE [desde o Acórdão *Foto-Frost* (...)] traduzido na circunstância da primazia do [direito da União] implicar a exclusividade do controlo da validade deste pelo TJUE” – logo considera o TC que o “conteúdo e garantia [dos direitos fundamentais] já se encontram amplamente cobertos pelo [direito da União], gozando em tal quadro de um nível de proteção funcionalmente equivalente ao propiciado pela jurisdição nacional, concretamente pelo Tribunal Constitucional”¹⁸⁰.

Conclui-se, enfim, que “no quadro de uma compreensão articulada do artigo 8.º, n.º 4, com o n.º 6 do artigo 7.º da Constituição, estarão em causa elementos característicos da *identidade constitucional da República* – com efeito, logo no seu artigo 2.º, a Constituição identifica a República Portuguesa como Estado de Direito democrático – que condicionam a própria possibilidade de “[...] *convencionar o exercício em comum, em cooperação ou pelas instituições da*

¹⁷⁷ Cita-se a este propósito Miguel Galvão Teles (“A Competência da Competência do Tribunal Constitucional”, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, pp. 105/107 e respetivas notas 2, 3 e 4), que distingue as duas “competência das competências” nos seguintes termos: “[a] expressão «competência da competência» (*Kompetenz-Kompetenz*) e a correspondente noção surgiram na literatura jurídica alemã na segunda metade do sec. XIX a propósito da questão [...] das relações entre Estado Federal e Estados Federados. Erigido por Albert Haenel em elemento definidor do conceito de soberania [o autor indica, como sinal supremo de soberania, a autodeterminação jurídica das suas competências por parte do Reich e a determinação das competências dos Estados (nota 2)] [...], o conceito não teve a sorte que mereceria e, de certo modo, perdeu-se. Mas a expressão e um conceito, que [...] com aquele possuía pelo menos alguma relação, fizeram caminho na teoria da jurisdição, muito especialmente na das jurisdições internacional e arbitral. Trata-se agora da competência da competência dos tribunais.”].

¹⁷⁸ Acórdão, ponto 2.6.2.1.

¹⁷⁹ *Idem*. Logo com a primeira revisão, em 1982, que introduziu o artigo 8.º, n.º 3, projetava-se o sentido do pedido de adesão de Portugal à então Comunidade Económica Europeia.

¹⁸⁰ Acórdão, ponto 2.6.2.2.

*União dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia*¹⁸¹ (sublinhado nosso).

Nota ainda o TC que, não existindo “estruturação competencial alguma que permita um controlo do exercício da *competência da competência* por parte do [TC]”, está-se, pois, “perante uma definição necessariamente final da competência, pese embora isto não preclua um eventual controlo heterónimo dos efeitos do exercício de tal competência (mas não da *competência da competência*) (...)”¹⁸². À “competência das competências”, refletindo a ideia de soberania, acrescenta-se agora a “competência da competência” do TC, estando esta igualmente ligada à previsão e à natureza do artigo 8.º, n.º 4, da Constituição.

5 Critério geral para interpretação e aplicação do artigo 8.º, n.º 4

O TC explica que mais importante do que definir, ou enumerar, as matérias integrantes de “cláusulas de salvaguarda constitucional”, como é o caso do artigo 8.º, n.º 4, deve fixar-se um critério, com vocação de generalidade, apto a orientar o intérprete no posicionamento das diversas situações apresentadas ao Tribunal nesse espaço de fronteira que separa a inibição do pleno acesso da jurisdição constitucional ao [direito da União]¹⁸³.

Numa passagem relevante, o TC adianta que o projeto europeu já envolve, pela “sua própria natureza, uma garantia de efetividade dos valores [e dos] dos princípios (...) fundamentais do Estado de direito democrático, quando posicionado face ao conteúdo do artigo 2.º, da Constituição, no qual facilmente encontramos a base afirmativa do inciso final do artigo 8.º, n.º 4.” (sublinhado nosso) ¹⁸⁴. Assim, o “projeto [europeu] já reflete, realiza e propicia, com elevado grau de segurança, valores paramétricos equivalentes aos reconhecidos no nosso texto constitucional, designadamente através do controlo jurisdicional do TJUE – cuja natureza, na esfera própria do [direito da União], é funcionalmente homóloga, na sua dimensão garantística, do controlo realizado pelo Tribunal Constitucional” (sublinhado nosso)¹⁸⁵.

Por outro lado, quanto à dimensão dos “contralimites”, o TC regressa à ideia de defesa da “*identidade constitucional* da República”¹⁸⁶. Procurando concretizar este conceito amplo, o TC admite a possibilidade da sua atuação poder ser mais afirmativa se, no quadro de um recurso de constitucionalidade, estivermos perante a “*demonstração* de que a questão colocada respeita a uma matéria em que estão em causa compromissos constitucionais cuja garantia, pela sua essencialidade ou particularidade, só pode ser eficazmente assegurada pelo guardião da Constituição”, considerando que, nesses casos, a “competência do Tribunal Constitucional deve reputar-se inalienável, como sucede, desde logo, com a base afirmativa contida nos artigos 5.º e 6.º da Constituição (...)”¹⁸⁷.

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² Acórdão, ponto 2.6.3.

¹⁸³ Acórdão, ponto 2.6.4.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ Acórdão, ponto 2.6.4.1.

¹⁸⁷ *Idem*.

A referência ao artigo 5.º, que explicita qual o território nacional, e ao artigo 6.º, que se refere ao Estado unitário (e em geral à organização do território), serve assim para explicitar que o controlo da conformidade do direito à União à Constituição deve estar limitado a “domínios em que, por natureza, o TJUE não pode assegurar um controlo funcionalmente equivalente e que extravasam da convenção do “[...] *exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia*”¹⁸⁸.

Acrescenta depois o TC, refinando esta tese, numa passagem significativa do Acórdão:

“E isto não deixará de ser assim (de conduzir ao descartar da situação pretensamente correspondente ao inciso final do artigo 8.º, n.º 4) mesmo quando a construção da questão de inconstitucionalidade pretendida colocar assente na invocação de parâmetros constitucionais aos quais, pese embora poderem integrar, num plano abstrato, traços caracterizadores do Estado de direito democrático, falte densidade axiológica suficiente para elevar essas referências a um patamar concreto de fundamentalidade e especificidade identitária nacional, sem correspondência na garantia propiciada pelo plano global de incidência e de atuação do [direito da União]” (sublinhado nosso)¹⁸⁹.

Isto significa que a recusa de aplicação de uma norma de direito da União “pressupõe a incompatibilidade com um princípio fundamental do Estado de direito democrático que, nesse âmbito (incluindo, portanto, a jurisprudência do TJUE), não goze de um valor materialmente paramétrico equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição da República Portuguesa, designadamente por integrar a identidade constitucional da República, já que um tal princípio se impõe necessariamente à própria convenção do “[...] exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia”¹⁹⁰.

6 O princípio da igualdade e a inexistência da sua violação

Para o TC, os critérios acima expostos situam o presente recurso “num plano de evidência que porventura suportaria uma justificação muito sumária, quase intuitiva, dos fundamentos da exclusão, nos termos do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição, da intervenção deste Tribunal”¹⁹¹. Isto porque invoca a recorrente “a violação de um princípio (o princípio da igualdade) que constitui parâmetro (constitui, aliás, património) comum no plano constitucional nacional e no plano do [direito da União] e sendo facilmente demonstrável que o controlo jurisdicional propiciado pelo Tribunal Constitucional e pelo TJUE expressam em tal domínio uma garantia funcionalmente equivalente”, pelo que “nada nesta situação autorizaria uma definição da questão de competência que ativasse o controlo por este Tribunal da questão de inconstitucionalidade pretendida apresentar”¹⁹².

Avisando, porém, que interessa “justificar com um pouco mais desenvolvimento, tratando-se (...) da primeira vez que o Tribunal expressamente equaciona e caracteriza, por referência ao artigo

¹⁸⁸ *Idem.*

¹⁸⁹ Acórdão, ponto 2.7.

¹⁹⁰ *Idem.*

¹⁹¹ Acórdão, ponto 2.7.1.

¹⁹² *Idem.*

8.º, n.º 4, da Constituição, os termos em que lhe é acessível o [direito da União], no quadro da fiscalização concreta da constitucionalidade de normas”, o TC insiste que o contralimite previsto no trecho final dessa norma não pode deixar de ser restringido a matérias que “constituam expressão do núcleo identitário nacional”, que deve estar, por isso, “subtraído à projeção na ordem interna do [direito da União], nos termos estabelecidos por ele próprio...”¹⁹³.

Após considerar a questão do ponto de vista do direito da União, o TC passa depois a tratar da questão da eventual violação do princípio da igualdade na “na perspectiva do Direito Constitucional nacional”¹⁹⁴ (sublinhado nosso). Assim, refere o TC, “...não basta a mera invocação do artigo 13.º da Constituição, no quadro da pretensão de construir um recurso de constitucionalidade, para concluir – mesmo que apenas para afirmar positivamente a verificação de um pressuposto processual – pelo afastamento da aplicação da primeira parte do n.º 4 do artigo 8.º e pela recondução da situação ao segundo segmento da norma”¹⁹⁵.

Procurando depois clarificar o fundamento para a não inclusão do artigo 13.º no leque de matérias abrangidas pelo inciso final do artigo 8.º, n.º 4, observa-se que “[é] inequívoco que o princípio constitucional da igualdade vale no quadro da *“justaposição de coisas”* contida na *“descrição enumerativa”* do artigo 2.º, da Constituição”, citando a esse propósito Maria Lúcia Amaral (*A Forma da República*, cit., p. 130), para quem “[o] que [o artigo 2.º] contém é uma espécie de descrição enumerativa que nos leva a crer que, para a [Constituição], o que seja o ‘Estado de direito democrático’ é algo que resulta de uma justaposição de coisas como ‘soberania popular’, ‘pluralismo de expressão e organização política democráticas’, ‘respeito e garantia de efetivação de direitos e liberdades fundamentais’, ‘separação de poderes’ [sendo que], cada uma destas expressões denomina direta ou indiretamente outros tantos princípios – eles próprios muito abrangentes, e com um conteúdo vastíssimo – que reaparecerão como princípios estruturantes de todas as restantes partes da Constituição”¹⁹⁶.

Porém, para o TC, “essa correspondência abstrata (...) não basta ao preenchimento do inciso final do n.º 4 do Artigo 8.º da Constituição, não propiciando, por si só, o acesso à jurisdição constitucional nacional (...)”¹⁹⁷. Assim, “a simples invocação de questões de inconstitucionalidade cuja construção é indisfarçadamente artificial” não prefigura “uma efetiva correspondência ao plano substancial qualificado que justifica a reativação (...) do alcance jurisdicional do [TC], ao envolver a possibilidade de afastamento da aplicação do [direito da União] na ordem interna, nos termos por ele definidos”¹⁹⁸ (sublinhado nosso). Tais situações, “...pela sua notória inconsistência, devem ser afastadas – i.e., assumidas pelo Tribunal Constitucional como estranhas à sua competência neste domínio”¹⁹⁹.

7 Conclusão do Acórdão e critério decisório

Por fim, o TC realça a proximidade entre as ordens jurídicas, europeia e nacional, não se tratando esta “de uma mera coincidência axiológica, mas sim de um dos sinais (e dos resultados) da

¹⁹³ *Idem.*

¹⁹⁴ Acórdão, ponto 2.7.1.2.

¹⁹⁵ *Idem.*

¹⁹⁶ *Idem.*

¹⁹⁷ *Idem.*

¹⁹⁸ *Idem.*

¹⁹⁹ *Idem.*

profunda afinidade histórica, cultural e jurídica que une os Estados-membros e dá forma à ordem jurídica que partilham.". Estando "ligados por nervuras comuns, os sentidos normativos convergentes para que tendem os sistemas jurídicos nacionais e da União favorecem, como não podia deixar de ser, a respetiva interação, propiciando uma forte base de confiança relacional". É com base nesta perspetiva, considerando o "respeito por esses valores pelo TJUE", que deve conceber-se o sentido da parte inicial do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição²⁰⁰.

Recuperando os pressupostos da ativação do segmento final da norma, do modo a fornecer "critérios seguros de abordagem de situações futuras", o TC apresenta o seguinte critério geral:

"Nos termos do artigo 8.º, n.º 4, da Constituição, o Tribunal Constitucional só pode apreciar e recusar aplicação a uma norma de [direito da União], caso a mesma seja incompatível com um princípio fundamental do Estado de direito democrático que, no âmbito próprio do [direito da União] – incluindo, portanto, a jurisprudência do TJUE –, não goze de valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição, já que um tal princípio se impõe necessariamente à própria convenção do "[...] exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia". Ao invés, sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de [direito da União] à luz de um princípio (fundamental) do Estado de direito democrático que, no âmbito do [direito da União], goze de um valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, funcionalmente assegurado pelo TJUE (segundo os meios contenciosos previstos no [direito da União]), o Tribunal Constitucional abstém-se de apreciar a compatibilidade daquela norma com a Constituição" ²⁰¹ (sublinhado nosso).

O TC considera que "outra perspetiva menos exigente banalizaria a intervenção do Tribunal Constitucional, num quadro onde a mesma foi constitucionalmente configurada muito restritivamente, tendo nesse caso a consequência de gerar um "aberto desafio à aceitação da projeção do [direito da União] na ordem interna (...) "²⁰².

Decidindo, enfim, não tomar conhecimento do recurso, o TC conclui que não foi substanciada pela recorrente, por via da questão de inconstitucionalidade invocada, "uma questão que evidencie um mínimo de correspondência ao segmento final do artigo 8.º, n.º 4 da Constituição: "[...] princípios fundamentais do Estado de direito democrático" ²⁰³.

IV COMENTÁRIO

O critério geral adotado pelo TC recorda a decisão do BVfG no processo *Solange II*, acima referida, na qual este Tribunal considerou que, enquanto o direito da União e o TJUE assegurarem o controlo da aplicação dos direitos fundamentais de acordo com um parâmetro geralmente equivalente ao aplicado na ordem interna, a jurisdição constitucional abdica de

²⁰⁰ Acórdão, ponto 2.8.

²⁰¹ *Idem*.

²⁰² *Idem*.

²⁰³ *Idem*.

fiscalizar a compatibilidade de atos adotados pelas instituições europeias com os direitos fundamentais, nos termos da Lei Fundamental alemã²⁰⁴.

Assim, as queixas constitucionais apresentadas por indivíduos, ou as questões submetidas à apreciação do BVfG pelos tribunais ordinários ou especializados, são, nos termos desta jurisprudência:

*"...inadmissible from the outset if their grounds do not state that the evolution of European law, including the rulings of the Court of Justice ..., has resulted in a decline below the required standard of fundamental rights after the "Solange II" decision"*²⁰⁵.

Tal como o BVfG em *Solange II*, o TC considera que não existem razões para desconfiar das credenciais do direito da União e do controlo a esse nível desenvolvido pelo TJUE na proteção dos direitos fundamentais. O TC vai um pouco mais longe ao incluir aqui os "princípios fundamentais do Estado de direito democrático", salvo se, pela natureza do princípio fundamental em questão, o controlo não puder ser assegurado, em termos materialmente equivalentes, a nível europeu, face ao valor que lhe é reconhecido na ordem constitucional interna.

De um modo geral, o critério adotado pelo TC apresenta-se como bastante restritivo. É desde logo (muito) improvável que o direito da União se imiscua nas matérias respeitantes aos artigos 5.º e 6.º da Constituição. Nesse sentido, e considerando a referência exemplificativa a esses artigos no Acórdão, a fórmula genérica do TC visa limitar claramente o seu espaço de atuação, excluindo questões *prima facie* atinentes aos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, desde que estes princípios "gozem", a nível europeu, de um "valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição", funcionalmente assegurado pelo TJUE, segundo os meios contenciosos previstos no direito da União.

A decisão do TC reflete uma significativa confiança na capacidade de o TJUE levar a cabo um controlo adequado e efetivo daquilo a Constituição designa de "princípios fundamentais do Estado de direito democrático". A par do reconhecimento de princípios fundamentais desta natureza nos Tratados, importa atender ao modo como os tribunais aplicam esses princípios. As diferenças existentes, ou não, entre a jurisprudência do TJUE e dos tribunais constitucionais nacionais são importantes para aferir o valor que é efetivamente reconhecido, por exemplo, a certos direitos fundamentais em cada ordem jurídica. O teste do TC desconsidera esta vertente da proteção dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, contentando-se com a existência de um controlo funcionalmente assegurado pelo TJUE, segundo os meios contenciosos europeus.

Ainda assim, esta conclusão não é indiscutível, sendo que a própria fórmula decisória do TC, no ponto 2.8 do Acórdão, parece apresentar alguma variação entre a primeira parte (menos restritiva) e a segunda parte (mais restritiva). Na "segunda parte" diz-se que o Tribunal Constitucional se abstém de apreciar a compatibilidade de uma norma de direito da União com a Constituição sempre que a apreciação dessa norma deva ser feita à luz de um princípio fundamental do Estado de direito democrático que, no âmbito do direito da União, goze de um

²⁰⁴ Assim, de acordo com o BVfG, este Tribunal "*...will no longer exercise its jurisdiction to decide on the applicability of secondary [law] ... and it will no longer review [EU law] by the standard of national fundamental rights as long as the EU and the Court of Justice in particular generally ensure effective protection of fundamental rights at a degree which is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Constitution, and in so far as they generally safeguard the essential content of fundamental rights*". BVfG, case 2 BvR 197/83, *Solange II*, order of 22 Oct. 1986, BVerfGE 73, 339, 387, para. 132; BVfG, case 2 BvL 1/97, *Banana Market*, order of 7 June 2000, BVerfGE 102, 147, 164, para. 62.

²⁰⁵ BVfG, case 2 BvL 1/97, *Banana Market*, order of 7 June 2000, BVerfGE 102, 147, 164, para. 62.

valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, funcionalmente assegurado pelo TJUE, de acordo com os meios contenciosos previstos no direito da União.

Na “primeira parte” da fórmula decisória, porém, é referido que o Tribunal Constitucional (só) pode apreciar e recusar aplicação a uma norma de direito da União, caso a mesma seja incompatível com um princípio fundamental do Estado de direito democrático “que, no âmbito próprio do direito da União – incluindo, portanto, a jurisprudência do TJUE –, não goze de valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição (...)”. A referência “incluindo, portanto, a jurisprudência do TJUE” sugere a existência de uma avaliação qualitativa desta jurisprudência.

Assim, a eventual existência de uma proteção jurisprudencial assimétrica de um princípio fundamental do Estado de direito democrático, verificando-se que o valor que lhe é reconhecido pelo TJUE é de algum modo inferior ao previsto na jurisprudência do TC, pode ser um elemento relevante, e até suficiente, para ativar a competência deste Tribunal, com base na parte final do artigo 8.º, n.º 4, da Constituição. Não será provavelmente indiferente, quando se trata de analisar as abordagens em termos de proteção de “princípios fundamentais do Estado de direito democrático”, o papel que, por exemplo, certos aspetos de ordem cultural assumem, em diferentes ordens jurídicas.

Sem prejuízo, a abordagem geral do TC, ao longo do Acórdão, aponta num sentido mais restritivo. Não existem elementos claramente indiciadores de que, em situações futuras, o TC irá proceder, de forma empenhada, a um exame prévio da jurisprudência do TJUE para avaliar se um determinado princípio ou direito fundamental goza, no direito europeu, de um valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição. A perspetiva do TC sugere, igualmente, que mesmo que certas diferenças possam ser identificadas quanto ao tratamento jurisprudencial de certos princípios, a nível nacional e europeu, o TC teria à partida grande resistência a dar relevo a essas questões, se, genericamente, se puder afirmar que o direito europeu consagra uma proteção adequada desse princípio fundamental.

Poderá argumentar-se, por isso, que esta abordagem do TC não valoriza suficientemente a proteção jurisdicional efetiva dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, ao reduzir muito o espaço para um diálogo entre o TC e o TJUE sobre a interpretação e aplicação desses princípios.

Acresce que existe tradição e doutrina, entre os tribunais constitucionais nacionais, que defende que deve caber a estes um papel central na proteção dos direitos fundamentais. Na já aludida “*saga Taricco*” ficou claro que o Tribunal Constitucional italiano se assume como órgão de controlo, de última instância, dos direitos fundamentais. A mesma ideia ficou ainda mais clara num acórdão subsequente do mesmo Tribunal, dizendo respeito à conformidade com a Constituição de impostos aplicados a empresários com um rendimento anual superior a cinquenta milhões de euros, considerando a discriminação assim instituída²⁰⁶.

Finalmente, o artigo 4.º, n.º 2, do TUE, coloca desafios e novas exigências ao princípio do primado. Ao estabelecer que “[a] União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respetiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional (...)”, esta norma exige que o primado seja assegurado sem prejuízo dos elementos

²⁰⁶ Judgment 269 of Year 2017, Judgment of 18 December, para. 5.2. (Italian Constitutional Court). Disponível aqui: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_269_2017_EN.pdf

estruturantes das identidades (constitucionais) nacionais. Transferindo as identidades constitucionais dos Estados-Membros para o “interior” do primado, o artigo 4.º, n.º 2, obriga a maior abertura deste princípio, reconhecendo o papel dos tribunais constitucionais na expressão dos valores nacionais.

1 A “identidade constitucional”

Embora o Acórdão estabeleça um quadro geral bastante restritivo na definição da competência do TC no âmbito do artigo 8.º, n.º 4²⁰⁷, a sua fundamentação nem sempre é inteiramente consistente com esta conclusão. Além do referido acima, a relação que o TC estabelece entre o segmento final do artigo 8.º, n.º 4, e a salvaguarda da “identidade constitucional da República” deixa algum espaço para diferentes interpretações quanto ao sentido, alcance e objetivos dessa referência.

Na fundamentação do Acórdão explica-se que a recusa de aplicação de uma norma de direito da União “pressupõe a incompatibilidade com um princípio fundamental do Estado de direito democrático que, nesse âmbito (incluindo, portanto, a jurisprudência do TJUE), não goze de um valor paramétrico [materialmente] equivalente ao que lhe é reconhecido na [Constituição], designadamente por integrar a identidade constitucional da República, já que um tal princípio se impõe necessariamente à própria convenção do “[...] *exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia*”²⁰⁸ (sublinhado nosso).

Refere ainda o TC que mesmo que a questão de inconstitucionalidade que seja colocada, como supostamente correspondente ao inciso final do artigo 8.º, n.º 4, se baseie na invocação de parâmetros constitucionais que pudessem “integrar, num plano abstrato, *traços caracterizadores do Estado de direito democrático*”, essa construção não será aceite pelo TC “se lhe faltar densidade axiológica suficiente para elevar essas referências a um patamar concreto de fundamentalidade e especificidade identitária nacional, sem correspondência na garantia propiciada pelo plano global de incidência e de atuação do [direito da União]”²⁰⁹ (sublinhado nosso).

O TC não explica o que entende por “identidade constitucional”. Conforme acima referido, surge uma referência ilustrativa (como mero exemplo, portanto) aos artigos 5.º e 6.º da Constituição, de onde parece poder retirar-se a ligação da identidade constitucional a matérias em que o direito da União, pela sua natureza e alcance, não interfere ou não deve nunca interferir. A esta luz, a referência à identidade constitucional apenas viria reforçar o caráter restritivo do teste proposto pelo TC, designando todas as situações em que o direito europeu não propicia – porque não pode propiciar – a proteção de um princípio fundamental em termos materialmente equivalentes à que é assegurada pela Constituição.

No entanto, a referência à identidade constitucional, nos termos formulados pelo TC, pode igualmente ser lida de outro modo. Em primeiro lugar, a identidade constitucional que é referida no artigo 4.º, n.º 2, do TUE não se limita a proteger valores constitucionais nacionais se, pela natureza das matérias em questão, o direito europeu não for apto a regulá-las. Pelo contrário, essa norma do TUE reconhece que o exercício dos poderes legitimamente conferidos à União

²⁰⁷ No mesmo sentido, mas sublinhando as vantagens da abordagem do TC: “O acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional português e a inibição de acesso ao direito da UE: um ponto final no “diálogo de surdos?”, disponível aqui: <https://www.cruzvilaca.eu/pt/noticias/O-acordao-n-4222020-do-Tribunal-Constitucional-portugues-e-a-inibicao-de-acesso-ao-direito-da-UE-um/107/>

²⁰⁸ Acórdão, ponto 2.7.

²⁰⁹ *Idem*.

Europeia pode confrontar-se com as estruturas constitucionais fundamentais dos Estados-Membros, exigindo-se o respeito pelas mesmas.

Ainda que o “teste” do TC seja genericamente restritivo, a ligação de princípios fundamentais do Estado de direito democrático a questões “axiologicamente densas” que possam ser “elevadas” a um patamar de “fundamentalidade e especificidade identitária nacional”, pode ser lida como permissão para eventualmente ativar o controlo do TC mesmo que as matérias em questão digam normalmente respeito a ambas as ordens jurídicas.

Interessa aqui recordar que, neste Acórdão, o TC não se limitou a aplicar o teste (restritivo) por si formulado. De forma surpreendente, o TC não deixou de analisar a possível violação do princípio da igualdade “na perspectiva do Direito Constitucional nacional”, o que pareceria desnecessário, e até inconsistente, com o teste por si antes formulado no Acórdão²¹⁰. O TC afasta, aí, a possibilidade de existência de qualquer infração no plano do direito constitucional nacional, já que a invocação da questão da inconstitucionalidade é “manifestamente artificial”, pelo que não prefigura “efetiva correspondência”, no plano substancial, com o elemento que elemento de reativação do controlo do TC, tal como previsto na parte final do artigo 8.º, n.º 4²¹¹.

A referência à violação do princípio da igualdade invocada pela recorrente, em termos que são “notoriamente inconsistentes” e “indisfarçadamente artificiais”, demonstra que, afinal, o TC não se sentiu em condições de deixar de avaliar se, neste caso, teria existido violação do princípio da igualdade à luz do direito constitucional nacional. Sempre se poderá dizer que aconteceu deste modo porque foi a primeira vez que o TC esteve colocado perante o desafio de interpretar e aplicar o artigo 8.º, n.º 4, da Constituição. Porém, o TC poderá vir a ser confrontado no futuro com situações mais duvidosas do que a presente do ponto de vista da articulação do direito da União com os “princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

Quando o TC alude à identidade constitucional certamente não ignora o “caminho” que a própria expressão tem vindo a percorrer na jurisprudência de outros tribunais constitucionais, com destaque para o BVfG. Há também, por isso, um valor simbólico importante nesta referência.

Após *Solange II*, que foi decidido em 1986, o BVfG explicitou dois importantes limites à autoridade do direito da União: o controlo *ultra vires*, no acórdão *Maastricht* (1993)²¹², e o controlo de identidade, no acórdão sobre o Tratado de Lisboa (2009). O controlo *ultra vires* está na origem do recente conflito entre o BVfG e o TJUE a propósito da decisão do primeiro no acórdão sobre o programa de compra de ativos públicos do BCE (PSP)²¹³, que o BVfG considerou *ultra vires* depois de o TJUE ter afirmado que esse programa é compatível com o direito europeu²¹⁴. Embora este recente conflito seja importante e ajude a explicar o interesse do TC em entrar no debate sobre a relação do direito da União com as constituições nacionais, o controlo *ultra vires*, ao incidir sobre o limite das competências da União Europeia, considerando o princípio da atribuição, não ameaça diretamente o primado nem diz respeito à proteção da identidade constitucional.

O controlo da identidade constitucional, nos termos enunciados pelo BVfG no acórdão sobre o Tratado de Lisboa, implica que o direito da União não pode colidir com valores inalienáveis para

²¹⁰ Acórdão, ponto 2.7.1.2.

²¹¹ *Idem*.

²¹² BVerfGE 89, 155 (*Maastricht Decision*).

²¹³ Judgment of 5 May 2020 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15.

²¹⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça, 11 de dezembro de 2018, no processo C-493/17, *Weiss*.

a constituição (Lei Fundamental), sob pena de ser declarado inaplicável na Alemanha. A identidade constitucional deriva do artigo 79.º, n.º 3, da Lei Fundamental, que estabelece os limites materiais de revisão²¹⁵, sendo também reconhecida pelo artigo 4.º, n.º 2, do TUE. Para o BVfG, a natureza da União Europeia, representando uma associação entre Estados soberanos e democráticos, condiciona âmbito dos poderes que lhe podem ser legitimamente transferidos. Assim, há domínios que, por serem particularmente sensíveis e importantes para a formação política e democrática da comunidade nacional, não podem deixar de estar reservados aos Estados.

Note-se que o controlo da identidade nem sempre é apresentado pelo BVfG de um modo que impede, de forma clara e absoluta, o aprofundamento da integração europeia. O BVfG admite que, pelo menos em domínios em que o Tratado estabelece cláusulas “dinâmicas” (i.e. com poderes amplos, cujos limites são indefinidos) o controle da identidade pode implicar a exigência de maior envolvimento do parlamento nacional (*Bundestag*) na aprovação das decisões relevantes que interferem com os domínios constitucionalmente sensíveis²¹⁶.

Sem prejuízo desta “nuance” na jurisprudência do BVfG, este Tribunal considera que o controlo da identidade constitucional pode implicar que o exercício dos poderes atualmente conferidos à União Europeia resulte numa violação de valores constitucionais nacionais considerados inalienáveis para a Lei Fundamental. O BVfG afirma ter competência para avaliar a compatibilidade de ato de direito da União com a identidade constitucional nacional, sendo que, em caso de conflito, esse ato não deve ser aplicado na ordem interna. Se assim não fosse, segundo o BVfG:

“...the fundamental political and constitutional structures of sovereign Member States, which are recognised by Article 4(2) first sentence TEU, cannot be safeguarded in any other way. In this respect, the guarantee of national constitutional identity under constitutional and under Union law go hand in hand in the European legal area. The identity review makes it possible to examine whether due to the action of European institutions, the principles ... declared inviolable in Article 79(3) of the Basic Law, have been violated. This ensures that the primacy of application of Union law only applies by virtue and in the context of the constitutional empowerment that continues in effect”²¹⁷.

De acordo com Grimm, Wendel e Reinbacher, na decisão OMT o BVfG destacou a existência de “diferenças conceptuais” entre a proteção da identidade nacional (constitucional), a nível nacional, de acordo com este artigo da Lei Fundamental, e a noção de identidade constitucional nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia²¹⁸. Para o BVfG, se a proteção da identidade pelo direito da União assume um carácter relativo, podendo, por exemplo, ser sujeito

²¹⁵ Segundo esta norma: “[a]mendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation in principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible”. O artigo 1.º da Lei Fundamental consagra os direitos fundamentais e o artigo 20.º estabelece o princípio da democracia.

²¹⁶ Essa perspectiva está patente nos acórdãos do BVfG sobre o Tratado de Lisboa e sobre o Mecanismo Europeu de Estabilidade (*ESM – Temporary Injunctions*). Quanto ao último acórdão, ver: BVerfG, Judgment of the Second Senate of 12 September 2012 - 2 BvR 1390/12 -, paras. 1-215. O comunicado de imprensa está disponível aqui: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2012/bvg12-067.html?sessionId=3D8C2C5BC2F30D5CAC1F9B4B8585C83E.1_cid386

²¹⁷ BVerfG, case 2 BvE 2/08 et al., Treaty of Lisbon, judgment of 30 June 2009, BVerfGE 123, 267, 353, para. 240.

²¹⁸ Grimm D., Wendel M., Reinbacher T. (2019) European Constitutionalism and the German Basic Law. In: Albi A., Bardutzky S. (eds) National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law. T.M.C. Asser Press, The Hague. https://doi.org/10.1007/978-94-6265-273-6_10 (v. ponto 1.3.4).

a um teste de proporcionalidade, a essência dos princípios protegidos por aquela norma da Lei Fundamental não pode ser avaliada ou prejudicada por referência outros princípios²¹⁹.

O controlo de identidade foi aplicado ao domínio dos direitos fundamentais, pela primeira vez na história do BVfG, num caso que envolvia legislação nacional que procedia à implementação de normas de direito da União sobre o mandado de detenção europeu. Trata-se da decisão *European Arrest Warrant II*, em que estava em causa a possível extradição de um cidadão norte-americano que foi condenado em Itália *in absentia*²²⁰. Este acórdão do BVfG representa uma clara inversão na jurisprudência Solange, passando este Tribunal a considerar que “[in] individual cases, the protection of fundamental rights by the Federal Constitutional Court may include reviews of sovereign acts determined by Union law if this is indispensable to protect the constitutional identity guaranteed by Art. 79 sec 3 of the Basic Law”²²¹.

O BVfG considerou, pois, ter jurisdição para controlar a aplicação do direito da União, com base no controlo da identidade (“identity review”), identificando elementos inalienáveis na Lei Fundamental decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, n.º 1)²²². De acordo com o BVfG o controlo da identidade, tal como o controlo *ultra vires*, pode conduzir a que o direito da União seja declarado inaplicável em casos excecionais²²³. De forma a assegurar uma interpretação deste poder de um modo “aberto relativamente à integração europeia”, a declaração de existência de violação da identidade constitucional está reservada ao BVfG²²⁴. Explicando o sentido e o conteúdo do controlo de identidade, o BVfG refere o seguinte:

“(…) identity review is a concept inherent in Art. 4 sec. 2 sentence 1 of the Treaty on European Union (TEU) and does not violate the principle of sincere cooperation within the meaning of Art. 4 sec. 3 TEU. The European Union is an association of sovereign states (Staatenverbund), of constitutions (...); [sometimes referred to as multilevel constitutionalism], of administrations (...) and of courts (...); [sometimes referred to as multilevel cooperation of courts], which is founded on international treaties concluded by the Member States. As “masters of the treaties” (...), Member States decide through national legal arrangements if and to what extent Union law is applicable and is accorded precedence in the respective national legal order. It therefore does not contradict the openness of the Basic Law to European integration if the Federal Constitutional Court, in exceptional cases and subject to strict conditions, declares an act of the European Union to be inapplicable in Germany. The fact that identity review is a concept inherent in the treaties is additionally corroborated by the fact that the constitutional law of many other Member States contains provisions to protect the constitutional identity and to limit the transfer of sovereign rights to the European Union”²²⁵.

Porém, no caso específico perante o BVfG, no processo *European Arrest Warrant II*, o Tribunal considerou que não se justificava a declaração de inaplicabilidade do direito da União, já que os

²¹⁹ *Idem*.

²²⁰ BVerfG, case 2 BvR 2735/14, *European Arrest Warrant II*, order of 15 Dec. 2015.

²²¹ *Protection of fundamental rights in individual cases is ensured as part of identity review*, Press Release No. 4/2016 of 26 January 2016 – Order of 15 December 2015, 2 BvR 2735/14.

²²² De acordo com a citada norma da Lei Fundamental: “Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority”. Para uma análise desta jurisprudência do BVfG ver: Grimm D., Wendel M., Reinbacher T. (2019) *European Constitutionalism and the German Basic Law*. In: Albi A., Bardutzky S. (eds) *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*. T.M.C. Asser Press, The Hague. https://doi.org/10.1007/978-94-6265-273-6_10 (ponto 1.3.4)

²²³ “Protection of fundamental rights in individual cases is ensured as part of identity review” – Press Release No. 4/2016 of 26 January 2016, Order of 15 December 2015, 2 BvR 2735/14. Disponível aqui: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-004.html>

²²⁴ *Idem*.

²²⁵ *Idem*.

requisitos estabelecidos na Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (2002/584/JAI) (doravante “Decisão-Quadro”), são conformes ao direito constitucional alemão. Isto porque os referidos requisitos da Decisão-Quadro “implicam a interpretação” de que as condições para a execução do mandado de detenção europeu, no caso em que a pessoa não esteve presente no julgamento que conduziu à sua condenação (artigo 4.º-A, n.º 1, (d), (i)), não são inferiores às exigidas pela Lei Fundamental. Referia-se o BVfG à exigência, decorrente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de que à pessoa condenada *in absentia* seja efetivamente reconhecido o direito a ser julgada novamente, quanto ao mérito da questão²²⁶. Esta interpretação da Decisão-Quadro devia também decorrer das exigências da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (que “tem um efeito” na legislação secundária)²²⁷.

Acrescenta ainda o BVfG que, nos termos do próprio direito da União, a autoridade judiciária de execução tem a “obrigação” de verificar se os requisitos aplicáveis (“*rule of law*”) foram cumpridos, ainda que o mandado de detenção europeu emitido (neste caso, pelas autoridades italianas) cumpra os requisitos formais estabelecidos na Decisão-Quadro:

“The fact that the principle of mutual trust does not apply without limits even according to Union law also signifies that the national judicial authorities, upon relevant indications, are authorised, and under an obligation, to review whether the requirements under the rule of law have been complied with, even if the European arrest warrant formally meets the requirements of the Framework Decision. Also under a Union law perspective, an effective judicial review presupposes that the court that decides about the extradition is able to conduct the relevant investigations as long as the extradition system established by the Framework Decision remains effective in practice. As a consequence, the requirements under Union law with regard to the execution of a European arrest warrant are not beneath those that are required by Art. 1 sec. 1 GG as minimum guarantees of the rights of the accused”²²⁸.

Assim, não é preciso “restringir a precedência do direito europeu”, uma vez que a Decisão-Quadro e a lei nacional sobre cooperação internacional em matérias criminais “exigem uma interpretação” que tome em consideração as garantias mínimas do acusado nos termos da Lei Fundamental (“...require an interpretation that takes into account the minimum guarantees of the rights of the accused that are required by Art. 1 sec. 1 GG in the context of an extradition”). Recusando o diálogo com o TJUE, afirma o BVfG não se justificar a submissão de um reenvio prejudicial, tendo por base a doutrina do *acte clair*, sendo “óbvio” o sentido em que o direito da União deve ser corretamente aplicado neste caso. Conclui o BVfG: “*there is no conflict between Union law and the protection of human dignity under the Basic Law in the case at hand*”²²⁹.

Além de o reenvio prejudicial não ter sido suscitado neste caso, a decisão do BVfG contrariou a interpretação do TJUE quanto ao artigo 4.º-A, n.º 1, da Decisão-Quadro, conforme transmitida no processo *Melloni*²³⁰. Neste acórdão, que teve origem num reenvio prejudicial do Tribunal

²²⁶ BVfG: “*With regard to the principle of individual guilt, this includes that a requested person who has been sentenced in his or her absence and who has not been informed about the trial and its conclusion will at least be provided with the real opportunity to defend him- or herself effectively after having learned of the trial, in particular by presenting circumstances to the court that may exonerate him or her and by having them reviewed*”.

²²⁷ “Protection of fundamental rights in individual cases is ensured as part of identity review” – Press Release No. 4/2016 of 26 January 2016, Order of 15 December 2015, 2 BvR 2735/14.

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ *Idem*.

²³⁰ Processo C-399/11 (*Melloni*), tendo o acórdão sido proferido a 26 de fevereiro de 2013. Para um comentário ver: Sarmiento, Daniel: *Awakenings: the “Identity Control” decision by the German Constitutional Court*, *VerfBlog*, 2016/1/27, <https://verfassungsblog.de/awakenings-the-identity-control-decision-by-the-german-constitutional-court/>, DOI: 10.17176/20160128-130231.

Constitucional espanhol, perante um problema que apresentava várias semelhanças face ao caso acima referido – dizendo respeito à extradição de um cidadão italiano para Itália, na sequência de uma condenação judicial *in absentia* – o TJUE chegou a conclusões muito diferentes das manifestadas depois pelo BVfG no acórdão *European Arrest Warrant II*.

O TJUE concluiu, em primeiro lugar, que o artigo 4.º-A, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que a autoridade judiciária de execução, nos casos indicados nessa disposição, subordine a execução de um mandado de detenção europeu emitido para fins da execução de uma pena à condição de a condenação proferida na ausência do arguido no julgamento poder ser revista no Estado-Membro de emissão²³¹.

Embora as circunstâncias do caso no processo *Melloni* tenham levado o TJUE a considerar, em especial, o sentido das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 4.º-A – que se reportam a casos em que a pessoa foi atempadamente notificada pessoalmente da data e do local previstos para o julgamento que conduziu à decisão e informada de que essa decisão podia ser proferida mesmo não estando presente no julgamento (alínea a)); ou tendo conhecimento do julgamento previsto, conferiu mandato a um defensor designado por si ou pelo Estado para a sua defesa em tribunal, tendo sido representada por esse defensor no julgamento (alínea b)) – o TJUE ainda acrescentou, quanto à alínea d), que esteve em discussão no processo junto do BVfG, que “[e]sse mesmo n.º 1, alíneas c) e d), enuncia os casos em que a autoridade judiciária de execução é obrigada a executar o mandado de detenção europeu, embora o interessado tenha direito a beneficiar de novo julgamento, desde que o dito mandado de detenção refira que o interessado não pediu para beneficiar de novo julgamento ou que será expressamente informado do seu direito a novo julgamento”²³² (sublinhado nosso).

O TJUE concluiu, ainda, no mesmo acórdão, que o artigo 4.º-A, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584, é compatível com as exigências da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e que o seu artigo 53.º “deve ser interpretado no sentido de que não permite a um Estado-Membro subordinar a entrega de uma pessoa condenada sem ter estado presente no julgamento à condição de a condenação poder ser revista no Estado-Membro de emissão, a fim de evitar uma violação do direito a um processo equitativo e dos direitos de defesa garantidos pela sua Constituição”. Note-se que este artigo 53.º refere que “[n]enhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros” (sublinhado nosso).

Ora, perante esta jurisprudência do TJUE, que foi decidida quase três anos antes do acórdão do BVfG no processo *European Arrest Warrant II*, torna-se claro que o BVfG não cumpriu com as exigências do primado, nos termos em que este é interpretado pelo TJUE, e, através de um uso francamente abusivo da doutrina do “*acte clair*”, evitou o diálogo com o TJUE, assegurando o respeito pelas exigências constitucionais internas.

Também a postura do Tribunal Constitucional espanhol, no caso *Melloni*, já refletia a tensão que foi articulada mais tarde, em termos de “controlo de identidade”, pelo BVfG, ao ter decidido

²³¹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de fevereiro de 2013, Processo C-399/11, *Melloni*, parágrafo 46.

²³² *Idem*, parágrafo 52.

reduzir o nível de proteção do direito a um julgamento justo, com base em pressupostos de direito nacional e não de direito da União²³³. O Tribunal Constitucional espanhol considerou o acórdão do TJUE no processo *Melloni* uma “referência muito útil”, mas não uma orientação obrigatória²³⁴.

2 As exigências da proteção dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático

O Acórdão aqui analisado chega, pois, a conclusões relevantes, integrando-se no diálogo mais amplo entre o TJUE e os tribunais constitucionais nacionais sobre o princípio do primado, e os limites, do direito da União. Neste debate tem sido central o papel desempenhado pelo BVfG, que tem vindo a assumir uma posição de maior resistência à autoridade do TJUE e ao primado. Por sua vez, a abordagem do TC neste Acórdão é claramente mais passiva e menos confrontativa, quando comparada com a perspetiva do BVfG, acima analisada.

Poderá argumentar-se que a interpretação do TC não valoriza suficientemente a proteção jurisdicional efetiva daquilo que a Constituição designa de “princípios fundamentais do Estado de direito democrático”, reduzindo substancialmente a margem de intervenção do TC e o espaço para o diálogo entre este e o TJUE sobre as exigências que estes princípios colocam ao direito da União.

Haveria certamente outras interpretações possíveis, entre, por um lado, uma perspetiva de aceitação (quase) absoluta do primado, e uma visão limitada deste princípio, por outro. A referência aos “princípios fundamentais do Estado de direito democrático” confronta o direito da União com requisitos decorrentes de valores a que também ele se encontra vinculado.

Ao aceitar a existência do controlo funcional do TJUE como suficiente para afastar a competência do TC (relativamente a princípios que não representem especificidades identitárias nacionais) este desiste da possibilidade de enfrentar situações problemáticas ou soluções especialmente duvidosas derivadas do direito da União. Isso reduz as oportunidades para corrigir essas dificuldades e potencialmente enfraquece a qualidade das respostas jurídicas.

Sem minorizar o princípio do primado, um outro caminho poderia conduzir o TC a não abdicar de exercer algum grau de sentido crítico, não prescindindo de avaliar as qualidades substantivas da jurisprudência do TJUE, e a ponderar situações em que eventualmente se verifique que o direito europeu colide com direitos fundamentais, com as garantias do princípio da legalidade, ou com outro princípio que possa razoavelmente ser enquadrado nos valores essenciais do Estado de direito democrático.

²³³ Sarmiento, Daniel: *Awakenings: the “Identity Control” decision by the German Constitutional Court*, *VerfBlog*, 2016/1/27, <https://verfassungsblog.de/awakenings-the-identity-control-decision-by-the-german-constitutional-court/>, DOI: 10.17176/20160128-130231.

²³⁴ *Idem*.