

Atualidades

NOVOS ASPECTOS DA HARMONIZAÇÃO DO DIREITO BANCÁRIO COMUNITÁRIO DECORRENTES DA INTRODUÇÃO DO EURO

ARMINDO SARAIVA MATIAS

I – Introdução. II – Noção de harmonização bancária. III – Legislação de harmonização. IV – A transposição das Directivas. V – E agora? Os instrumentos da instituição da União Monetária e criação da moeda única. VI – As Resoluções de 23 de abril de 1998 vieram dar o "tom" de como se processará a futura harmonização, após a entrada em funcionamento do BCE. VII – E depois? VIII – Conclusão.

I – Introdução

O tema que me coube tratar, sobre as consequências do Euro, na harmonização do Direito Bancário, impõe a tarefa ingrata de alguma compilação. Mas exige, sobretudo, a clarificação de conceitos, habitualmente mal tratados.

Estes dois objectivos mostram-se, porém, incompatíveis com o tempo e o espaço de que disponho. O que é muito bom! Sobram, assim, desculpas para a imperfeição e para a incompletude!

II – Noção de harmonização bancária

Vamos, então, em primeiro lugar, aos conceitos.

O que é a harmonização da legislação bancária? Em que consiste? Como foi conseguida até agora?

Em boa verdade, a harmonização da legislação bancária nunca existiu. A harmonização deveria significar uniformiza-

ção das legislações nacionais ou a instituição de uma única legislação para o espaço comunitário.

É, todavia, relativamente escassa, até ao momento, no âmbito do sector bancário, a legislação comunitária uniformizada ou directamente aplicável aos países-membros.

A uniformização terá constituído, porventura, a ambição da Comissão Europeia; certo é, porém, que não foi conseguida pelas seguintes razões fundamentais:

a) a especificidade das legislações nacionais geradoras de incompatibilidades entre si;

b) a necessidade de cada Estado-membro dispor de instrumentos próprios, designadamente os de natureza monetária, para prosseguir as suas políticas económicas;

c) o elevado grau de nacionalismo reivindicado pelos Estados que, só com o tempo e a pouco e pouco, se tem deixado erostar.

Estas constatações levaram a que, com a publicação do Livro Branco da Co-

missão Europeia, em 1985, se assentasse, pelo menos, nos seguintes princípios:

- o da *harmonização parcial*, uma vez que os Estados não aceitavam a harmonização completa;

- o do *mútuo reconhecimento*, traduzido no dever de cada Estado-membro reconhecer as instituições de crédito constituídas nos outros Estados-membros.

Estes princípios haveriam de ter consagração no *Acto Único Europeu*, assinado em 1996, através da definição dos seguintes objectivos a prosseguir:

- liberalização completa dos movimentos de capitais nos Estados-membros;

- harmonização completa das regras de acesso à actividade das instituições de crédito;

- elaboração de um código de conduta referente a meios de pagamento;

- criação de medidas respeitantes à concessão de crédito hipotecário, aos fundos próprios, à falência e liquidação das instituições de crédito.

A segunda Directiva de Coordenação Bancária (89/646, do Conselho, de 15 de dezembro de 1989) veio dar corpo aos mencionados princípios consignados no *Acto Único* e impôs aos Estados-membros:

- o princípio do *reconhecimento mútuo*: uma instituição de crédito constituída num Estado-membro poderia exercer a sua actividade em qualquer outro país comunitário, sob controlo do país de origem;

- deveriam ser definidas *normas prudenciais harmonizadas* quanto ao capital mínimo, quanto à manutenção de fundos próprios e quanto ao controlo das situações de domínio.

É, pois, a partir desta Directiva que vamos assistir à produção de normas harmonizadas.

Mas harmonizadas como? Por normas uniformizadas? Por normas comuns aos vários Estados?

Não é isso!

A fórmula da harmonização encontrada não passa pela unificação de normas, directa e imediatamente aplicáveis, nos territórios nacionais.

A harmonização existirá, apenas, quanto aos objectivos.

Estes objectivos são, por sua vez, definidos em Directivas, específicos instrumentos legais comunitários.

Ora, como é sabido, as Directivas carecem de ser transpostas para os direitos nacionais, sem prejuízo da obrigatoriedade daquela transposição, dentro dos prazos nelas definidos.

Todavia, cada Estado-membro dispõe da possibilidade de escolher a forma, os meios, a oportunidade, dentro do aludido prazo, de prosseguir aqueles objectivos.

III – Legislação de harmonização

Enunciaremos, muito sumariamente, as Directivas que impõem ou traduzem harmonização:

A) A Directiva 77/80/CEE, de 12 de dezembro – 1ª Directiva de Coordenação Bancária

Define instituição de crédito como sendo uma empresa cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder crédito por sua própria conta;

Cria, também, a regra de que toda a instituição de crédito, do espaço comunitário, terá de ser autorizada, devendo verificar-se os seguintes pressupostos:

- existência de fundos próprios mínimos;

- presença de, pelo menos, duas pessoas para dirigir efectivamente a actividade da instituição (e que, caricaturalmente, se designa, hoje, na gíria, por regra dos quatro olhos).

B) A Directiva 89/646/CEE, do Conselho de 15 de dezembro de 1989 – 2ª Directiva de Coordenação Bancária

Define *instituição de crédito* por remissão para a Directiva 77/80.

Define, ainda:

- Sucursal;
- Autorização (*remetendo para a Directiva 77/80*);
- Fundos próprios (*remetendo para a Directiva 89/299*);
- Autoridades competentes;
- Instituição financeira;
- Estado-membro de origem;
- Estado-membro de acolhimento;
- Controlo;
- Participação qualificada;
- Capital inicial;
- Empresa-mãe;
- Filial;
- “Rácio de solvabilidade” (*remetendo para a Directiva 89/607*).

Harmoniza as regras referentes às condições de constituição:

- capital social inicial mínimo superior a 5 milhões de Ecus;
- possibilidade de autorizar outras categorias de instituições de crédito com valor inferior àquele, mas não inferior a um milhão de Ecus.

Harmoniza as condições de exercício de actividade:

- os fundos próprios não podem tornar-se inferiores ao capital inicial;
- as autoridades competentes devem ser informadas de *participações* que ultrapassem 20%, 33% ou 50%;
- o montante total de participações de uma IC não pode ultrapassar 60% dos fundos próprios;
- a *supervisão* incumbe ao país de origem;

• liberaliza o *estabelecimento* e a *prestação de serviços*:

- qualquer instituição de crédito, autorizada em Estado-membro e supervisionada pelas entidades competentes deste, poderá exercer actividade por meio de sucursal ou através de prestação de serviços.

C) A Directiva 89/299/CEE, do Conselho, de 17 de abril, relativa aos fundos próprios

Define o conceito e a composição dos fundos próprios.

D) A Directiva 93/06, do Conselho, de 15 de março, relativa à adequação dos fundos próprios das empresas de investimento e instituições de crédito

- estabelece regras de *adequação dos fundos próprios*;
- impõe a *fiscalização* no que toca a *riscos e grandes riscos*;
- define os princípios gerais de *supervisão em base consolidada*;
- define *fundos próprios consolidados*;
- institui o dever de informação pelos Estados às autoridades competentes com vista à verificação do cumprimento das normas desta Directiva;
- finalmente, estabelece uma *qualificação dos riscos* dos vários instrumentos financeiros adoptados pelas instituições de crédito.

E) A Directiva 89/647/CEE, do Conselho de 18 de dezembro, relativa ao “rácio de solvabilidade”

- define “*rácio de solvabilidade*” como a proporção existente entre os fundos próprios e os elementos do activo e extra-patrimoniais, ponderados em função do risco;

- impõe que aquele "rácio" se mantenha, a um nível de, pelo menos, 8%;

- procede à classificação dos *elementos extra-patrimoniais*.

F) *A Directiva 92/80, do Conselho de 6 de abril, relativa à fiscalização das IC em base consolidada*

- define a forma e a extensão da consolidação.

G) *A Directiva 92/121 do Conselho, de 21 de dezembro, relativa à fiscalização dos "grandes riscos"*

- define "risco" e "grande risco";

- manda que se entenda por risco a concessão de facilidades a um mesmo cliente ou grupo de clientes que envolvam mais de 10% dos fundos próprios.

E limita:

- o "risco", até 25% dos capitais próprios;

- o "agregado dos riscos", até 800% dos fundos próprios.

H) *A Directiva 93/22, do Conselho, de 10 de maio, relativa aos Serviços de Investimento no domínio dos valores mobiliários*

- define *Serviços, Empresa de Investimento e Valores Mobiliários*;

- estabelece as condições de acesso destas empresas à actividade (à semelhança das instituições de crédito);

- impõe que os Estados estabeleçam normas de conduta para as empresas de investimento;

- determina a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços;

- estabelece que os Estados criem autoridades competentes para a autorização e supervisão destas empresas.

I) *A Directiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio, relativa aos sistemas de garantia de depósitos*

- define "depósitos";

- determina que sejam instituídos um ou mais sistemas de garantia de depósitos em cada país.

J) *A Directiva 95/26/CE do Parlamento e do Conselho, de 29 de junho*

- altera diversas Directivas;

- uniformiza terminologia.

L) *A Directiva 96/13/CE do Conselho de 11 de março, que altera a Directiva 77/780/CEE no que respeita à lista das exclusões permanentes de determinadas instituições de crédito*

IV – A transposição das Directivas

A transposição para o ordenamento jurídico português das Directivas Comunitárias tem sido efectuada prontamente; assim:

A Directiva 77/780 – 1ª de Coordenação Bancária;

A Directiva 89/646 – 2ª da Coordenação Bancária;

A Directiva 92/30 – fiscalização em base consolidada;

A Directiva 94/19 – garantia e depósitos;

foram transpostas pelo Decreto-lei 298/92, de 31 de dezembro, que instituiu o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

As outras Directivas foram transpostas por Avisos do Banco de Portugal (que aqui seria fastidioso enunciar).

Deste modo, a harmonização tem sido conseguida, parcialmente, com instrumen-

tos jurídicos próprios de cada país, com respeito pelos objectivos definidos pela Comunidade.

V – E agora?

Agora, a caminho da União Monetária, com a introdução do EURO, como moeda única?

Que é que já se passou e o que é que vai passar-se no que respeita a harmonização de legislações?

O que já se passou é bem indiciador do que vai continuar a passar-se: a harmonização vai ser mais intensa, mais completa, a legislação bancária mais unificada. Se não, vejamos.

Os instrumentos da instituição da união monetária e criação da moeda única

A – O Tratado da União Europeia (ou Tratado de Maestrich)

- Cria um Instituto Monetário Europeu que regula por protocolo de todos os Estados (art. 109^a-F do Tratado);

- Cria o Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) e o Banco Central Europeu (BCE) (art. 4^a-A) que regula por protocolo;

- Cria regras uniformes, como por exemplo:

- proíbe a concessão de créditos, pelos Bancos Centrais, aos Estados-membros (art. 104^a);

- veda o acesso privilegiado às instituições financeiras por parte de outras instituições ou organismos da Comunidade, desde que não se baseiem em razões de ordem prudencial (art. 104^a-A);

- impõe como objectivo primordial ao Sistema Europeu de Bancos Centrais a manutenção da estabilidade dos preços (art. 105^a);

- confere ao BCE o direito exclusivo de autorizar a emissão de notas de banco na Comunidade (art. 105^a-A);

- dispõe que o SEBC seja constituído pelo BCE e pelos Bancos Centrais Nacionais (BCN);

- determina que o SEBC, o BCE e os BCN não possam solicitar ou receber instruções das instituições ou organismos comunitários, nem dos Estados-membros (art. 107^a);

- determinou que cada Estado-membro compatibilizasse a sua legislação nacional, incluindo os estatutos do seu Banco Central com o Tratado e com os Estatutos do SEBC (art. 108^a).

- Para o desempenho das atribuições do SEBC, o BCE:

- adopta regulamentos;

- toma decisões;

- formula recomendações e emite pareceres.

O *regulamento* tem carácter geral, é obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-membros.

A *decisão* é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar (podendo, até, aplicar multas e sanções – art. 108^a-A).

B – Protocolo relativo aos Estatutos do SEBC e BCE (Anexo ao Tratado)

Compete ao SEBC:

- a manutenção da estabilidade dos preços;

- apoiar as políticas económicas da Comunidade (art. 2^a do Protocolo);

- definir a execução da política monetária da Comunidade (art. 30^a);

- realizar operações cambiais;

- deter e gerir reservas cambiais dos Estados-membros;

- promover o bom funcionamento do sistema de pagamentos.

Anote-se que:

- o BCE é *independente* dos Estados e organismos e instituições comunitárias

(art. 107^a do Tratado e art. 7^a do Protocolo);

- o Conselho do BCE é composto pelos membros da comissão executiva e pelos governadores dos Bancos Centrais e é dirigido por uma *Comissão Executiva*;

- o mandato dos membros da Comissão Executiva tem a duração de 8 anos;

- esta *Comissão* executa a política monetária de acordo com as orientações do Conselho;

- pelo art. 108^a do Tratado, os Estados-membros nomearão governadores por períodos não inferiores a 5 anos e só os poderão demitir perante falta grave.

C – Regulamento 1.103/97 – JO L 16219 JUN 1997

(com base no art. 235^a do Tratado) dispõe:

- que a introdução do Euro mantém os contratos em vigor;

- que as taxas de conversão exprimem o valor de um euro em relação a cada uma das moedas nacionais.

D – Resoluções do Conselho

236/1 – Pacto de estabilidade e crescimento;

236/2 – Crescimento e emprego;

236/3 – Mecanismo das taxas de câmbio;

236/4 – Quadro jurídico para a introdução do Euro.

Destacamos desta última Resolução 236/4:

- contém, em anexo, um projecto de Regulamento do Euro;

- dispõe que a partir de 1 de janeiro de 1999, a moeda dos Estados-membros é o Euro;

- a adopção do Euro não altera, por si só, os contratos celebrados;

- qualquer montante poderá ser pago quer em Euros quer na unidade monetária do seu país.

Este regulamento será obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável nos Estados-membros.

E – Regulamentos 974/98 e 975/98 do Conselho, de 3 de maio, o primeiro determinando que a partir de 1 de janeiro de 1999, a moeda dos Estados-membros é o Euro, o segundo dispondo sobre especificações técnicas das moedas-Euro

F – Em consequência dos instrumentos jurídicos comunitários que acabados de assinalar resultou, internamente:

F-I Alteração da Lei Orgânica do Banco de Portugal (Lei 5/98, de 31 de Janeiro) – São as seguintes as principais alterações da legislação nacional, por força da adequação à legislação comunitária que acabamos de referir:

- o Banco de Portugal passa a fazer parte do SEBC (art. 3^a), sujeitando-se às orientações e objectivos do BCE (art. 3^a n. 2);

- remete-se para o art. 105^a-A, n. 1, do Tratado que institui a Comunidade Europeia quanto à emissão de moeda (art. 6^a);

- submete-se o BCN aos condicionamentos decorrentes da sua participação no SEBC (art. 12^a), no que respeita às suas funções (arts. 13^a e 14^a);

- submete-se a sua actuação, no âmbito da política monetária, às normas adoptadas pelo BCE (arts. 15^a e 16^a);

- continua a ser vedado conceder descobertos ou qualquer outra forma de crédito ao Estado, outros serviços ou organismos dele dependentes;

- só com o acordo do BCE pode o Banco Central participar no capital de instituições monetárias internacionais e fazer parte dos respectivos órgãos sociais (art. 23^a);

- a fim de alcançar os objectivos e desempenhar as suas atribuições no SEBC o Banco de Portugal pode efectuar as operações que se justifiquem na sua qualidade de Banco Central (art. 24^a);

- compete ao Governador desempenhar as funções de membro do Conselho Geral do BCE;

- exige-se o voto favorável do Governador em questões que possam pôr em causa a sua autonomia como membro do BCE (art. 32^a);

- os membros do Conselho de Administração só podem ser exonerados nos termos dos Estatutos do BCE (art. 33^a);

- as contas têm de ser auditadas de acordo com o art. 27^a dos Estatutos do BCE (art. 46^a);

- o Banco não está sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas (português) no que diz respeito às matérias relativas à sua participação no SEBC.

F—II Publicação do Decreto-lei 138/98, de 16 de maio, de que se salienta a criação de uma taxa de equivalência em substituição da taxa de desconto do Banco de Portugal; introduz alterações à lei cambial (Decreto-lei 13/10, de 8 janeiro); e dispõe sobre redenominação de títulos de dívida.

VI – As Resoluções de 23 de abril de 1998 vieram dar o “tom” de como se processará a futura harmonização, após a entrada em funcionamento do BCE

A Resolução 98/286, da Comissão, a par da introdução de algumas novas definições, convida os Estados a implementar as práticas de conversão das moedas nacionais em Euro, com o máximo de transparência, mediante a criação de códigos de conduta.

A Resolução 98/287 (da Comissão) convida os Estados-membros e todos os agentes económicos a adoptar as melhores práticas de vendas, através da exibição dos preços na moeda nacional e em Euros, de forma não ambígua, facilmente identificável e claramente legível.

A Resolução 98/288 (da Comissão) convida os Estados-membros, as associa-

ções, as câmaras de comércio, as empresas e outras instituições a organizarem observatórios com representantes de todos os mais importantes sectores económicos, e associações de consumidores, com vista a estabelecer códigos de boas práticas, no período de transição para o Euro.

Ou seja: a Comissão Europeia, após o Tratado da União e sua implementação, através de instrumentos jurídicos obrigatórios, promove práticas, dá orientações aos Estados-membros e aos agentes económicos, mas começa a abster-se de impor.

De resto, a regulamentação, nesta matéria, por Directiva ou Regulamento, nos termos tradicionais, só terá sentido nesta fase de transição.

VII – E depois?

Depois, vamos ter legislação provin- da de nova fonte, muito simplesmente por- que a regulamentação deste sector passa a caber, autonomamente, como vimos, ao Banco Central Europeu.

O Banco Central Europeu pode, por sua vez e por via do Tratado da União, legislar por *regulamentos*, tomar e impor *decisões*.

Deverá mesmo fazê-lo com autono- mia dos Estados e das organizações comu- nitárias.

Donde,

- as medidas de execução de política monetária;

- a emissão monetária;

- as normas jurídicas de execução de supervisão prudencial;

- a criação de normas prudenciais; bem como

- a restante regulação das instituições de crédito vão passar a ser objecto de *regulamentos*, *instruções*, *decisões*, *recomendações* do Banco Central Europeu.

VIII – Conclusão

A harmonização da legislação bancária está, pois, a tomar, uma nova configuração.

A legislação bancária passou a ter uma nova fonte.

Não fará sentido, de futuro, a emissão pela Comissão ou pelo Conselho, de Directivas com sua transposição (sempre demorada, com consequente perda de eficácia), nem mesmo de Regulamentos, em matéria da competência do Sistema Europeu de Bancos Centrais.

Os Bancos Centrais Nacionais intervirão como membros do Sistema, na produção das normas; o Banco Central Europeu imporá, por *Regulamento ou Decisão*, as práticas que julgar adequadas.

Sendo estes instrumentos jurídicos directamente aplicáveis em todos os Estados-

membros, a harmonização resultará completa, a legislação unificada. No essencial, entenda-se (aspectos residuais poderão ser deixados à iniciativa dos BCN).

Nasceu, pois, uma *nova fonte* de produção da legislação bancária comunitária, dotada, de resto, de competência própria e exclusiva.

A produção da legislação por outros órgãos ou instituições (incluindo a Comissão e o Conselho) serão a excepção.

A *harmonização parcial* pertence ao passado. A harmonização vai ser *completa*, integral, porque emana de fonte única; a legislação a produzir será, directa e obrigatoriamente, aplicável por todas as instituições bancárias do espaço comunitário.

Estará, então, atingida, neste sector, uma efectiva “*convergência legal*”.

Lisboa, 1998