



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Universidade Católica Portuguesa
Escola de Lisboa | Faculdade de Direito
Mestrado em Direito Fiscal

**O Financiamento do Fundo de Resolução Português -
Contribuições para o Fundo de Resolução
e Contribuição Extraordinária sobre o Sector Bancário**

MARIANA ANDRADE NAVE COTRIM

*Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal,
elaborada sob a orientação do Professor
Doutor Sérgio Vasques*

Lisboa, 2016

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	4
2. ENQUADRAMENTO EUROPEU	7
3. O FUNDO DE RESOLUÇÃO BANCÁRIO	10
3.1. Aspetos Gerais	10
3.2. Composição	10
3.3. Medidas de resolução.....	11
3.4. Entidades Participantes	12
4. FINANCIAMENTO DO FUNDO DE RESOLUÇÃO	14
4.1. Aspetos Gerais	14
4.2. Contribuições para o Fundo de Resolução	15
4.2.1. Contribuições Iniciais.....	15
a) Incidência Subjetiva	16
b) Incidência Objetiva	16
c) Valor da contribuição inicial.....	17
d) Apuramento e pagamento.....	18
4.2.2. Contribuições Periódicas.....	19
a) Incidência Subjetiva	19
b) Incidência Objetiva	19
c) Valor da contribuição periódica	19
d) Apuramento e pagamento.....	20
4.2.3. Contribuições Especiais	21
a) Incidência Subjetiva	21
b) Incidência Objetiva	21
c) Valor da Contribuição Especial.....	21
d) Apuramento e pagamento.....	22
4.3. Contribuição extraordinária sobre o sector bancário	24
4.3.1. Incidência Subjetiva	24
4.3.2. Incidência Objetiva	25
4.3.3. Taxa.....	26
4.3.4. Procedimento e liquidação da contribuição	26
5. CLASSIFICAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES FINANCIADORAS DO FUNDO.....	27

5.1. Contribuições para o Fundo de Resolução	27
5.2. Contribuição extraordinária sobre o sector bancário	28
6. O TESTE DA CONTRIBUIÇÃO EXTRAORDINÁRIA, À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	31
6.1. Princípio da legalidade.....	31
6.1.1. Princípio da reserva de lei formal	31
6.1.2. Princípio da reserva material.....	32
6.1.3. Conclusões	35
6.2. Princípio da igualdade	35
6.2.1. Conclusões	38
6.3. Princípio da proibição da retroatividade fiscal	38
6.3.1. Conclusão	40
7. BREVE REFERÊNCIA DO FUNDO DE RESOLUÇÃO EUROPEU	42
7.1. Financiamento do Fundo Único de Resolução	44
8. CONCLUSÃO	46
Referências Bibliográficas.....	50

1. INTRODUÇÃO

A crise económica iniciada em 2009, expôs várias deficiências na estrutura do mercado financeiro e consequentemente, nas múltiplas sociedades financeiras e instituições de crédito em atividade.

Com o evoluir da crise, várias foram as entidades que começaram a atravessar dificuldades financeiras ou processos de insolvência, o que despoletou um conjunto de discussões sob a eficácia das autoridades atuais, e sob a adequação do respetivo processo de liquidação.

É sobre este paradigma, que em 2012 e por forma a seguir as diretrizes europeias, Portugal atualiza o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (doravante abreviadamente designado por "RGICSF"), através do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro a fim de conceber mecanismos que permitam, perante o desequilíbrio económico de uma dada instituição, recuperá-la ou liquidá-la de forma ordeira, a fim de salvaguardar a estabilidade financeira do mercado e impedir que os contribuintes sofram em última instância com a crise.

Estes mecanismos, consistiam na disciplina legal de três fases de intervenção distintas: intervenção corretiva, administração provisória e resolução, sendo a sua aplicação consoante a gravidade do risco de colapso da instituição e a dimensão das respetivas consequências junto do erário público.

Como autoridade, cabe ao Banco de Portugal (doravante abreviadamente designado por "BP"), coordenar os mecanismos de reequilíbrio financeiro, gerir as expectativas dos depositantes e contribuintes, bem como salvaguardar o sistema financeiro como um todo.

No que diz respeito às fases de intervenção, aquela que tem suscitado mais interesse devido ao seu carácter inovador, corresponde à fase dita de resolução, uma vez que, até à data, quando uma instituição se encontrava em situação de desequilíbrio financeiro, a solução possível era a revogação da sua atividade e a consequente entrada em liquidação dos seus ativos. Assim, a resolução tem por finalidade a prevenção, mitigação e contenção do risco sistémico que poderia resultar do colapso de uma instituição financeira, intervindo de forma a assegurar ou repor a sua estabilidade económica.

Não obstante, para que a resolução consiga operar cumprindo os objetivos que se propõe, foi ainda criado um Fundo de Resolução (abreviadamente, designado por "FR"

ou por "Fundo"). Este tem por fim prestar apoio financeiro à aplicação das medidas de resolução que venham a ser adotadas pelo BP, no qual se prevê que participem, fundamentalmente, instituições financeiras com sede em Portugal ou que aqui exerçam parte da sua atividade.

Este Fundo é financiado por via de contribuições das instituições nele participantes, a título inicial, periódico, e em certos casos, especial. É ainda financiado através da Contribuição Extraordinária sobre o Sector Bancário (doravante, abreviada como "CESB"), gerada em 2011, com o propósito de reforçar o esforço fiscal feito pelo sector bancário e de diminuir, de modo mais eficaz, os riscos sistémicos que lhe estão associados. Apenas posteriormente, é que estas contribuições foram canalizadas para financiamento do FR. Não obstante, continuaram a ser cobradas pelo Estado, o qual transfere em momento posterior para o Fundo, os montantes angariados.

O regime das contribuições para o FR encontra-se atualmente previsto no Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro, enquanto que a contribuição extraordinária, encontra-se regulada na Portaria n.º 121/2011, de 30 de março.

Neste sentido, ao longo do presente trabalho, mais do que explicar o funcionamento do Fundo em si, queremos entender a forma do seu financiamento, nomeadamente a natureza das contribuições que o capitalizam e as possíveis questões que as mesmas possam levantar à luz dos princípios constitucionais.

Adicionalmente, e não obstante as características dos mecanismos de resolução adequados à realidade portuguesa, e tendo em consideração que vivemos numa Europa onde as barreiras são cada vez menores, não poderíamos deixar de fazer referencia ao Fundo Único de Resolução Bancária, que no dia 1 de janeiro de 2016, iniciou o seu processo de capitalização. Este Fundo, de certa forma inerente ao FR nacional, visa evitar a criação de obstáculos ao exercício de liberdades fundamentais, nomeadamente a liberdade de estabelecimento¹, evitando igualmente a distorção da concorrência no mercado interno devido a práticas nacionais divergentes.

¹ "A falta de condições, de poderes e de processos comuns para a resolução das instituições poderá constituir um obstáculo ao bom funcionamento do mercado interno e prejudicar a cooperação entre as autoridades nacionais confrontadas com a situação de insolvência de grupos transfronteiriços de instituições. Isto é particularmente verdade nos casos em que a existência de abordagens diferentes significa que as autoridades nacionais não têm o mesmo nível de controlo ou os mesmos poderes para a resolução das instituições. Estas diferenças nos regimes de resolução podem afetar os custos do financiamento das instituições de forma diferente entre os Estados-Membros e dar origem a distorções da concorrência entre instituições. A existência de regimes de resolução eficazes em todos os Estados-Membros é necessária para garantir que o exercício do direito de estabelecimento das instituições no

Com efeito, o Fundo Único de Resolução Bancária veio conferir sentido àquilo que muito se discutia quanto às instituições bancárias transfronteiriças, e à uniformização dos processos de resolução e respetivos financiamentos.

Não obstante, as contribuições continuarão a ser cobradas nos mesmos termos, através dos Fundos de resolução e respetivos mecanismos de financiamento nacionais, comprometendo-se o respetivo Estado a transferir as referidas quantias. Desta forma, as questões conceptuais discutidas em torno da contribuição extraordinária, continuam a ter expressão na atualidade portuguesa, e continuam a ter relevância uma vez que não se prevê momento de término das mesmas.

Posto isto, e uma vez que a realidade do nosso país tem vindo a dar provas que o funcionamento do FR está longe de ser uma realidade ultrapassada, ao longo deste trabalho abordaremos a problemática das contribuições que visam financiar o Fundo, especialmente quanto à Contribuição Extraordinária sobre o Sector Bancário. Quanto a esta, analisaremos as circunstâncias da sua criação e aplicação, numa tentativa de concluir a adequação e legitimidade deste mecanismo de financiamento, face o princípio da legalidade, da igualdade e da proibição da retroatividade fiscal.

mercado interno não seja limitado pela capacidade financeira do seu Estado-Membro de origem para gerir a sua eventual situação de insolvência." - excerto retirado do ponto 9, da Diretiva 2014/59/EU.

2. ENQUADRAMENTO EUROPEU

Recentemente, a Europa tem vindo a enfrentar uma crise económica, cujos efeitos se têm sentido, em grande medida, no sector financeiro, com a consequente insuficiência dos mecanismos jurídicos e meios eficazes de gestão e de resolução das instituições em crise.

Constatou-se, que os atuais mecanismos existentes, não permitiriam a adoção de medidas conducentes à recuperação financeira das instituições em causa², mecanismos os quais tenderiam a evitar que a situação de insolvência de uma instituição viesse a afetar a estabilidade dos mercados financeiros nacionais e dos demais Estados-Membros (doravante, abreviadamente designados por "EM").

Em Setembro de 2009³, os G20 reuniram-se em Pittsburgh para analisar a crise do sector financeiro, tendo apelado no sentido de se generalizar a constituição de deveres de apresentação de planos de recuperação, a fim do dinheiro dos contribuintes não voltar a ser utilizado para cobrir as perdas do sector bancário. Isto porque, encontrando-se em falta mecanismos que permitam, em situação de grave desequilíbrio financeiro, recuperar a instituição ou liquidá-la de forma ordenada, quem sofre em última instância pelos resultados da crise instalada, são os contribuintes.

Posteriormente, e tendo por base o discutido em Pittsburgh, a Comissão Europeia⁴, debruçou-se sobre alternativas para reduzir a probabilidade de falências no sector bancário. A solução passou então por supervisionar de forma mais rigorosa as instituições do sector, e colocar à sua disponibilidade instrumentos adequados com recursos suficientes, para que se consiga uma resolução rápida e ordenada das instituições bancárias afetadas.

Entendeu então a Comissão, que uma das soluções passava pela "criação de Fundos de resolução de crises *ex ante*, financiados por uma taxa sobre bancos, que facilitem a resolução de crises nos bancos em dificuldades de formas que evitem o contágio e que permitam a liquidez de um banco de forma ordeira e num prazo que evite a venda urgente dos ativos".

² Preâmbulo do Decreto-lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro.

³ Proposta de Resolução comum sobre a Cimeira do G20 realizada em Pittsburgh, em 24 e 25 de setembro de 2009 (RC-B7-0082/2009).

⁴ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Banco Central Europeu – Fundo de resolução de crises nos bancos, Bruxelas, 26 de maio de 2010.

O objetivo é então garantir que as autoridades dos EM disponham de instrumentos que possam ser usados numa maneira coordenada, intervindo imediatamente quando uma instituição demonstre sinais de crise, evitando custos para o contribuinte e garantindo igualdade de condições, isto é, que todas as instituições tenham acesso a estes instrumentos, independentemente da sua dimensão ou complexidade.

Posteriormente, em dezembro de 2010, o Conselho ECOFIN⁵, em sede de conclusão, apelou à produção de um quadro aplicável a todos os bancos compreendidos na UE, incluindo, nomeadamente medidas preparatórias e preventivas, de intervenção precoce e instrumentos e poderes de resolução. Estas medidas devem "ter por objetivo preservar a estabilidade financeira, protegendo a confiança do público e dos mercados, pondo em primeiro lugar a prevenção e a preparação, disponibilizando instrumentos de resolução credíveis, permitindo uma intervenção rápida e determinada, reduzindo os riscos morais e minimizando tanto quanto possível os custos globais suportados por Fundos públicos".

Com base no exposto, a Comissão Europeia vem em meados de 2012, legislar uma Proposta de Diretiva⁶, a fim de estabelecer um enquadramento para a recuperação e resolução das instituições de crédito uniformizado para os estados da União Europeia. O principal objetivo passa por harmonizar as legislações nacionais em matéria de recuperação e resolução das instituições de crédito na medida do necessário para garantir que os EM disponham de um mesmo conjunto de instrumentos e procedimentos para resolver os problemas.

Quanto à capitalização do Fundo, a Diretiva define que os mecanismos de financiamento têm que ser alimentados pelas próprias instituições, de modo a minimizar a exposição dos contribuintes a perdas decorrentes do apoio à solvência. Assim, os EM deverão criar mecanismos de financiamento, nomeadamente através da criação de um Fundo, com o fim de assegurar a aplicação efetiva, pelas autoridades competentes, dos poderes e instrumentos de resolução.

Embora os mecanismos de financiamento devam ser estabelecidos a nível nacional, ao fazê-lo tendo por base as diretrizes europeias, garantem um financiamento efetivo da resolução em condições de igualdade e de concorrência em todos os EM,

⁵ *European Parliament resolution of 7 July 2010 with recommendations to the Commission on Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector (2010/2006(INI)).*

⁶ *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho (2012/0150 (CD)).*

assegurando que uma instituição com atuação transfronteiriça não fique prejudicada pela não uniformidade dos mecanismos de financiamento.

Ora assim, o pretendido por todas as diretrizes europeias é a criação de um quadro europeu de gestão de crises, dotado de um conjunto mínimo de regras comuns aplicáveis a todas as instituições bancárias que operam na União, de forma a assegurar a igualdade de tratamento entre cada instituição transfronteiriça em todos os EM.

3. O FUNDO DE RESOLUÇÃO BANCÁRIO

3.1. Aspetos Gerais

O Fundo de Resolução traduz-se numa "pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira" (art.º 2.º, n.º 1 da Portaria n.º 420/2012, de 21 de dezembro e art.º 153.º-B, RGICSF). Criado pelo Decreto-lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, que introduziu esta figura no RGICSF, tem como principal objetivo prestar apoio financeiro às medidas de resolução implementadas pelo BP⁷, servindo como fonte de financiamento externo caso as entidades intervenientes não tenham capacidade para sustentar a adoção de tais medidas.

O regime do Fundo veio ainda dar cumprimento ao compromisso de reforçar os mecanismos de intervenção preventiva, corretiva e de resolução aplicáveis a situações de desequilíbrio financeiro de instituições de crédito e determinadas empresas de investimento, assumido no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira.

O Fundo iniciou a sua atividade em junho de 2012, com a realização da primeira reunião da Comissão Diretiva.⁸ O seu funcionamento é regulado pela Portaria n.º 420/2012, de 21 de dezembro, elaborada pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, sob proposta da comissão diretiva, e depois de ouvido o BP.⁹

3.2. Composição

O Fundo é gerido por uma comissão diretiva, composta por três membros: um membro do conselho de administração do BP, por este designado; um membro designado pelo Ministro das Finanças e um designado por acordo entre o BP e o Ministro das Finanças. Para a vinculação do Fundo, bastam a assinatura de dois destes membros.¹⁰ As decisões são tomadas de forma autónoma apesar de o Fundo não deter recursos técnicos e administrativos próprios, competindo ao BP assegurar a existência e manutenção dos mesmos.¹¹

A comissão tem como primordial competência a gestão do Fundo, tomando as decisões necessárias para o seu bom funcionamento e para o cumprimento do seu objeto, enumerando o art.º 5.º da Portaria n.º 420/2012 de 21 de dezembro, algumas das

⁷ Art.º 153.º-C, RGICSF.

⁸ Em Relatório e Contas, 2012 (fonte:

<http://www.Fundoderesolucao.pt/ptPT/RelatoriosContas/Documents/Rel2012.pdf>)

⁹ Art.º 153.º-U, RGICSF.

¹⁰ Art.º 4.º, Portaria n.º 420/2012, de 21 de dezembro.

¹¹ Art.º 153.º-P, RGICSF.

duas competências. As relações entre o BP e o Fundo são asseguradas pelo Secretário-Geral do Fundo (pertencente aos quadros do BP), a quem compete, designadamente, dar execução às deliberações da Comissão Diretiva e coordenar os "estudos técnicos relacionados com o funcionamento e a atividade do Fundo"¹².

Com efeito, o BP colabora com o FR, através da disponibilização dos recursos necessários para que este desenvolva a sua atividade, nomeadamente através da concessão de recursos humanos, do processamento contabilístico das operações, na colaboração na preparação das demonstrações financeiras anuais e na disponibilização apoio jurídico, sempre que se demonstrar necessário.¹³

O Fundo é fiscalizado pelo Conselho de Auditoria do BP¹⁴, e sucessivamente, sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas.

3.3. Medidas de resolução

Como já referido, o propósito de criação do FR é o de financiar a intervenção do BP junto de instituições em dificuldade financeira, podendo esta revestir diversas modalidades ou fases, graduadas em função da gravidade do desequilíbrio detetado. Estas modalidades são centradas na prevenção, com vista a diminuir a gravidade (ou a probabilidade) de ocorrência de situações de falência de um banco, através da adoção de procedimentos eficazes e precoces.

O Decreto-Lei n.º 31-A/2012 estabeleceu três fases consoante o nível de intervenção necessário: fase de intervenção corretiva, de administração provisória e de resolução¹⁵. Cada uma destas fases, diferenciam-se em razão da gravidade do risco ou

¹² Relatório e Contas de 2012, p. 17 (fonte: <http://www.Fundoderesolucao.pt/pt/PT/RelatorioeContas/Documents/Rel2012.pdf>).

¹³ cf. Relatório e Contas de 2012, p.22.

¹⁴ Art.º 153.º-S, RGICSF.

¹⁵ A aplicação de medidas de resolução são como que a última instância da intervenção do BP junto de entidades com desequilíbrios financeiros de uma gravidade considerável, tentando evitar o colapso da instituição e salvaguardar os interesses dos contribuintes e a segurança dos depositantes (art.º 145.º-C, RGICSF). Assim, o art.º 145.º-E do RGICSF, determina que o BP, sem necessidade de autorização ou intervenção dos acionistas e dos credores das instituições, tem competência para:

- Alienar parcial ou total da atividade;
- Transferir parcial ou total da atividade para instituições de transição (regras aplicáveis à criação e ao funcionamento do banco de transição reguladas no Aviso n.º 13/2012 do BP);
- Segregar e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos;
- Proceder a uma recapitalização interna.

As medidas apenas são aplicadas quando se prevê que a entidade deixará de cumprir os requisitos necessários para o exercício da sua atividade, devendo estas ser proporcionais e adequadas à prossecução das finalidades de tais medidas (art.º 145.º-D, n.º 2, RGICSF). Os acionistas e os respetivos credores devem assumir, prioritariamente, os prejuízos inerentes ao desequilíbrio da instituição (art.º 145.º-D, n.º 1, RGICSF, alterado pela Lei n.º 23-A/2015).

do grau de incumprimento, por parte da instituição em causa, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como o potencial impacto que esta situação terá na estabilidade do sistema financeiro. O facto de uma instituição deixar de cumprir os requisitos para a autorização não deverá justificar, por si só, o desencadeamento da resolução, particularmente se a instituição ainda for viável ou provavelmente viável.

A opção pela aplicação de cada fase caberá ao BP, em função do que for mais apropriado face aos objetivos centrais do reequilíbrio financeiro da instituição, da proteção dos depositantes e da estabilidade do sistema financeiro (e claro, eventuais impactos sobre o erário público).

Dado o exposto, o FR, como entidade independente do BP, visa gerir as necessidades de financiamento das medidas de intervenção referidas, assegurando que a solidez financeira das instituições e que a estabilidade do sistema financeiro não sejam afetados.

Sublinha-se, que as mais recentes diretivas europeias exigem uma cooperação entre as autoridades nacionais competentes e as autoridades competentes a nível de supervisão e resolução europeia.

3.4. Entidades Participantes

Tendo por base o art.º 153.º-D, RGICSF, o legislador identificou quais as entidades que podem participar do Fundo, excluindo porém, as Caixas de Crédito Mútuo associadas da Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo (n.º 2). Essas cinco entidades são:

- Instituições de crédito¹⁶ com sede em Portugal^{17/18};
- Empresas de investimento que exerçam negociação por conta própria de um ou mais instrumentos financeiros^{19/20} e empresas que colocam com tomada firme, com ou sem garantia, instrumentos financeiros²¹;

¹⁶ Considera-se instituição de crédito "a empresa cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros Fundos reembolsáveis e em conceder crédito por conta própria" (art.º 2.º, alínea w), RGICSF). O art.º 3.º, do mesmo diploma, enumera os tipos de instituições de créditos.

¹⁷ Para que uma entidade seja considerada como tendo sede em Portugal, têm que estar reunidas das condições previstas no art.º 14.º do RGICSF.

¹⁸ cf. art.º 153º-D, n.º 1, alínea a).

¹⁹ Art.º 199.º-A, n.º 1, alínea c) por remissão do art.º 153.º-D, n.º 1, alínea b) do RGICSF.

²⁰ Por instrumentos financeiros diga-se "(...) qualquer contrato que dê origem, simultaneamente, a um ativo financeiro de uma parte e a um passivo financeiro ou instrumento de capital de outra parte (...)"

- Sucursais de instituições de crédito com sede em países que não sejam membros da UE ou pertencentes do Espaço Económico Europeu²²;
- Sucursais das instituições financeiras com sede em países estrangeiros que tenham como atividade a execução de ordens dadas por conta de clientes, relativas a um ou mais instrumentos financeiros, ou a negociação por conta própria de instrumentos financeiros;²³
- Outras sociedades relevantes para sistemas de pagamentos sujeitos à supervisão do BP²⁴.

(art.º 199.º-A, n.º 3, RGICSF). Este contrato tem que incluir os instrumentos financeiros constantes do Anexo C da Secção 1 da Diretiva n.º 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril.

²¹ Art.º 199.º-A, n.º 1, alínea f) por remissão do art.º 153.º-D, n.º 1, alínea b), RGICSF.

²² Art.º 48.º, por remissão do art.º 153.º-D, n.º 1, alínea c), RGICSF.

²³ Art.º 153.º-D, n.º 1, alínea d), art.º 189.º e art.º 199.º-A, n.º 1, alínea b) e alínea c) do RGICSF.

²⁴ Art.º 153.º-D, n.º 1, alínea e).

4. FINANCIAMENTO DO FUNDO DE RESOLUÇÃO

4.1. Aspetos Gerais

Tomando agora o caso Português, os recursos financeiros do FR provêm integralmente de contribuições pagas diretamente ou indiretamente pelo sector financeiro, isto é, das contribuições iniciais, periódicas e extraordinárias pagas pelas entidades participantes, e das receitas provenientes da Contribuição Extraordinária sobre o Sector Bancário²⁵, a qual é paga ao Estado, mas cujas receitas revertem para o Fundo.

Existe ainda a possibilidade de o próprio Fundo recorrer a financiamento externo, através de empréstimos²⁶. No caso de contração de empréstimo, pode por portaria do Governo, ser exigido às instituições participantes a sua colaboração, através de garantias, pessoais ou reais, que tornem o empréstimo viável para o Fundo.²⁷

Por fim, contribuem ainda para o financiamento do FR quaisquer liberalidades bem como outro rendimento que provenha do exercício da atividade do Fundo ou de dispositivo legal.

A gestão destes recursos é realizada pelo Fundo de forma independente, sob orientação da Comissão Diretiva, mediante um plano de aplicação acordado entre o Fundo e o BP.

Estes recursos, cujo valor é determinado pelo BP²⁸, são utilizados pelo Fundo aquando da aplicação de medidas de resolução, conferindo ao mesmo, direito de crédito sob a entidade participante que seja objeto da medida.²⁹ São, então, utilizados principalmente para: garantir os ativos ou passivos da instituição em causa, conceder empréstimos às instituições objeto de resolução, às suas filiais, ao banco de transição ou

²⁵ Criada pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, e regulamentada pela Portaria n.º 121/2011, de 30 de março.

²⁶ Estes empréstimos não podem ser concedidos pelo BP (art.º 153.º F, n.º 4, RGICSF), e devem ser obtidos, preferencialmente, junto das instituições participantes (art.º 15.º, n.º 2, da Portaria n.º 420/2012, de 21 de dezembro). Podem, porém, ser concedidos pelo Estado, sendo também possível a prestação de garantia a favor do Fundo (art.º 153.º-J, RGICSF). No caso de o empréstimo ser concedido pelo Estado, o Fundo deve apresentar uma proposta fundamentada, explicitando "montantes, prazos, formas de pagamento e demais condições do apoio a prestar pelo Estado". Mediante a proposta, o membro do governo responsável pela área das finanças terá, no máximo, sete dias úteis para responder à proposta. (art.º 14.º, n.º 1 e n.º 3 da Portaria n.º 420/2012, de 21 de dezembro).

²⁷ Art.º 153.º-L, RGICSF.

²⁸ O BP aprecia, previamente, a pertinência do empréstimo, à luz da necessidade e adequação do mesmo. (art.º 15.º, n.º 3, da Portaria n.º 420/2012, de 21 de dezembro).

²⁹ Art.º 153.º-M, n.º 2, RGICSF.

veículo de gestão de ativos, adquirir ativos da instituição objeto de resolução, proceder a contribuições para uma instituição de transição, entre outras.³⁰

É ainda de sublinhar, e tendo por base o disposto no art.º 102.º da Diretiva 2014/59/UE, os EM devem assegurar, até ao fim de 2024, que os Fundos disponíveis no FR atinjam pelo menos 1% do valor dos depósitos cobertos de todas as instituições participantes.³¹ Na legislação nacional, este compromisso foi assumido no art.º 153.º-F, n.º 2 do RGICSF, considerando que os recursos mínimos do Fundo devem ascender a 1 % do valor resultante da soma do montante dos depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos.

Caso, depois de ser atingido o nível mínimo previsto no número anterior, os recursos financeiros do Fundo se tornarem inferiores a dois terços desse nível mínimo, o BP poderá fixar o montante das contribuições periódicas de forma a atingir o referido nível mínimo num prazo de seis anos.³²

4.2. Contribuições para o Fundo de Resolução

Com a operacionalização do Fundo, foi iniciado o seu processo de capitalização, através do pagamento dos montantes reflexos no art.º 153.º-F, RGICSF, destacando-se as contribuições pagas pelas entidades participantes, a título inicial, e posteriormente ao início do funcionamento do mesmo as contribuições com carácter periódico e especial.³³

É de referir que os dois primeiros tipos de contribuições têm em vista a acumulação de recursos financeiros que possam vir a suportar a aplicação das medidas de resolução, enquanto as periódicas, tendem a constituir uma fonte de financiamento recorrente, permitindo uma capitalização mais elevada.

4.2.1. Contribuições Iniciais

As contribuições iniciais são devidas pelas instituições na sequência do respetivo início de atividade. Estas visam dotar o Fundo de recursos próprios, que possam fazer face a despesas imediatas do mesmo, permitindo ainda que este comece a atingir os níveis de financiamento necessários. Desta forma, evita-se o financiamento inicial pelos

³⁰ Art.º 92.º, Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho (2012/0150 (CD)).

³¹ Art.º 69.º, do Regulamento n.º 806/2014, de 15 de julho.

³² Art.º 153.º-F, n.º 3, RGICSF.

³³ Do art.º 153.º-F, do RGICSF, dão denominados ainda outras receitas como as provenientes da contribuição sobre o sector bancário (alínea a), rendimentos da aplicação de recursos (alínea e), liberalidades (alínea f) e quaisquer outros recursos que venham a ser atribuídos por via contratual ou legal (alínea g).

contribuintes, e bem assim, diminui o impacto económico negativo que uma falência no sector bancário poderá representar para o erário público.

a) Incidência Subjetiva

O art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro, indica-nos como entidades participantes no Fundo aquelas que de acordo com o art.º 153.º-D, do RGICSF encontravam-se em plena atividade no momento em que o regime entrou em vigor. As entidades que entrem no mercado após entrada em vigência do diploma, terão que realizar a contribuição inicial com vista a promover a "equidade intertemporal"³⁴ em cooperação com as restantes entidades já participantes, uma vez que passam a ser destinatários potenciais dos recursos financeiros previamente acumulados por virtude de contribuições pagas.

As sociedades resultantes de fusão, cisão ou transformação de entidades participantes no Fundo, estão dispensadas do pagamento da contribuição inicial.³⁵

b) Incidência Objetiva

A base de incidência da contribuição inicial varia conforme o momento em que a entidade participante inicia a sua atividade em comparação com o momento da entrada em vigor do Decreto-Lei de implementação do Fundo.

A base de incidência das entidades compreendidas no art.º 2.º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro coincide com passivo³⁶ apurado da instituição participante em causa. A este são deduzidos certos elementos do passivo que não merecem proteção em sede de resolução, nomeadamente os que integram os Fundos próprios de base e complementares³⁷ e os depósitos cobertos pelo Fundo de Garantia de Depósitos³⁸ ou pelo Fundo de Garantia de Crédito Agrícola Mútuo³⁹. A razão da exclusão traduz-se na cobertura destes valores por outras garantias.

³⁴ Preâmbulo do Decreto- Lei n.º 24/2013, de 19 de Fevereiro.

³⁵ Art.º 153.º-G, n.º 3 do RGICSF.

³⁶ Contabilisticamente, o passivo é "uma obrigação presente na entidade proveniente de acontecimentos passados, da liquidação da qual se espera que resulte uma saída de recursos" (JOÃO RODRIGUES, "Sistema de Normalização Contabilística Explicado", Porto Editora, 4.ª ed., 2015, p.545).

³⁷ O valor dos Fundos próprios de base e dos Fundos próprios complementares, que se enquadrem no conceito de passivo do art.º 3.º, n.º 4, serão determinados pelo Aviso n.º 6/2013 do Banco de Portugal.

³⁸ O Fundo de Garantia de Depósitos têm por objeto a garantia do reembolso de depósitos constituídos nas instituições de crédito que dele façam parte, podendo também intervir na execução de medidas de resolução (art.º 154.º e 155.º, RGICSF).

³⁹ Este Fundo assegura à generalidade dos depositantes das instituições de crédito parte deste, níveis de proteção dos seus depósitos, em caso de insolvência ou falta de liquidez da instituição. Segundo o art.º

Não obstante a Comissão Europeia ter definido três parâmetros (a saber, ativo, passivo ou lucros e bônus) sobre os quais poderá incidir a contribuição, o passivo foi adotado como base de incidência destas contribuições. Este aparenta ser um indicador adequado uma vez que os custos de resolução de um banco são mais suscetíveis de resultar da necessidade de apoiar determinados passivos.

Por passivo entende-se os "elementos que independentemente da forma ou modalidade, representem dívida com terceiros" (art.º 3.º, n.º 4, Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro). Porém, são excluídos da base de incidência os elementos reconhecidos como capitais próprios, os passivos associados ao reconhecimento de responsabilidades por planos de benefício definido, provisões, resultantes da reavaliação de instrumentos financeiros derivados, receitas com rendimento diferido e por último, passivo por ativos não desreconhecidos em operações de titularização.

Quanto as entidades que iniciem a sua atividade após a criação do Fundo, ou entre a sua criação e a entrada em vigor do diploma que regula as contribuições (Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro)⁴⁰, a sua base de incidência não pode coincidir com o seu passivo, visto que no momento de constituição da nova entidade, este não é representativo daquela que virá a ser a sua atividade e dimensão. Assim, a sua base de incidência é o montante dos capitais próprios contabilisticamente existentes no momento da sua constituição.⁴¹

Porém, se estas entidades realizarem aumentos de capital nos 12 meses seguintes à sua constituição, e por esta circunstância, os valores em causa não foram tidos em consideração aquando do pagamento da contribuição inicial, calcular-se-á qual o impacto financeiro desse aumento no montante da contribuição inicial, procedendo a um ajustamento do valor da mesma.⁴²

c) Valor da contribuição inicial

A taxa da contribuição inicial é de 0,005%, e de 0,05% para as instituições futuras que adiram ao Fundo.⁴³

2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 345/98, o Fundo garante o reembolso de depósitos constituídos na Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo e nas caixas de crédito agrícola mútuo suas associadas (ficando estas dispensadas de participar no Fundo de Garantia de Depósitos consagrado no RGICSF).

⁴⁰ Art.º 21.º, n.º 1, 2, 3 do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁴¹ Art.º 153.º-G, n.º 2, RGICSF.

⁴² Art.º 3.º, n.º 6, Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁴³ Art.º 4.º, Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

É de referir, que independentemente do resultado da equação para cálculo do valor da contribuição inicial, o valor mínimo desta é €5.000.⁴⁴ Pela natureza das próprias contribuições iniciais, estas só são pagas uma vez por cada entidade.

d) Apuramento e pagamento

Para a apuração da contribuição inicial, as entidades participantes tiveram que apresentar ao BP⁴⁵, os valores correspondentes à base de incidência constante do art.º 3.º, mediante a entrega de modelo próprio^{46/47}. No prazo máximo de 30 dias, e depois de verificados os valores entregues pelas entidades, o BP remete ao Fundo os valores entregues⁴⁸, o qual notifica no máximo de 20 dias o montante final a pagar a título de contribuição inicial⁴⁹. O montante terá que ser pago no prazo de 30 dias após a notificação feita pelo Fundo⁵⁰.

Se houver uma falha entre a informação fornecida e a informação detida pelo BP, este tem a competência para averiguar a divergência junto da entidade participante, e tem o poder de decidir qual é o valor final a ter tido em consideração.⁵¹

No caso da entidade participante só iniciar a sua atividade após a entrada em vigor do Fundo, o BP comunica ao Fundo a existência de uma nova entidade, bem como o montante dos seus capitais próprios, sobre os quais será calculado o valor a pagar da contribuição. Esta comunicação deverá ser feita no prazo máximo de cinco dias após o registo do início da atividade da nova entidade⁵². Prazo igual é dado ao FR para comunicação à entidade o valor a pagar de contribuição inicial⁵³. O valor em causa terá que ser pago no prazo de 30 dias após o registo do início da atividade da entidade⁵⁴.

Faz-se uma reserva, porém, quanto às entidades que iniciaram a sua atividade no

⁴⁴ Art.º 5.º do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁴⁵ Como o art.º 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro refere, até ao dia 30 de Junho de 2012, para as entidades que se encontravam em atividade na data de entrada em vigor do diploma.

⁴⁶ O modelo a entregar é definido por Instrução do Banco de Portugal, a ser publicada até 30 dias após a entrada em vigor do diploma (art.º 20.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro).

⁴⁷ A instrução n.º 6/2013 do Banco de Portugal, com as respetivas alterações introduzidas pela Instrução n.º 34/2014, por força da aplicação do Regulamento (EU) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013 regula, em anexo, o modelo a ser entregue. Este ser remetido ao BP, pelas entidades participantes, no prazo de 20 dias a contar da publicação da Instrução (art.º 2.º, n.º 2 da Instrução n.º 6/2013 do BP e art.º 6.º, n.º 3 do Decreto-lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro).

⁴⁸ Art.º 6.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁴⁹ Art.º 6.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁵⁰ Art.º 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁵¹ Art.º 6.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁵² Art.º 6.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁵³ Art.º 6.º, n.º 8, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁵⁴ Art.º 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro e art.º 153.º-G, n.º 1 do RGICSF.

tempo que mediou entre a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro e o Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro. Estas terão que pagar a contribuição inicial no período de 30 dias a contar da notificação do Fundo⁵⁵, e não do início da sua atividade.

4.2.2. Contribuições Periódicas

a) Incidência Subjetiva

Qualquer instituição participante por força do art.º 153.º-D do RGICSF, e que se encontre em atividade no último dia do mês de abril do ano em causa, encontra-se obrigada ao pagamento da contribuição periódica desse ano. Esta ideia é reforçada no art.º 70.º, do Regulamento n.º 806/2014, de 15 de julho, o qual expressa a ideia de anualidade do pagamento da contribuição.

b) Incidência Objetiva

Refere o art.º 10.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro, que a base de incidência da contribuição periódica é a mesma da contribuição inicial. Porém, como a contribuição tem um carácter periódico, o valor do passivo⁵⁶ é calculado com referência ao valor do ano anterior ao que antecede o pagamento da contribuição (n.º 2 do art.º 10.º).

c) Valor da contribuição periódica

A taxa contributiva a aplicar a cada instituição participante resulta da aplicação de um fator de ajustamento variável consoante o risco que cada instituição refletir, tendo em consideração a sua situação de solvabilidade (art.º 11.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 24/2013, e art.º 2.º, n.º 2 do Aviso 1/2013 do BP⁵⁷)⁵⁸. O fator de ajustamento está sujeito a um limite mínimo de 0,8 e a um máximo de 2,0. Fora destas situações pontuais, o BP

⁵⁵ Art.º 21.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁵⁶ O conceito de passivo para as contribuições periódicas (art.º 10.º, n.º 4, Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro) é igual ao conceito definido no art.º 3.º, n.º 4 aplicável às contribuições iniciais.

⁵⁷ Alterado pelo Aviso do BP n.º 8/2014 e n.º 14/2014.

⁵⁸ O ajuste da taxa contributiva, ao perfil de cada instituição participante, resulta da Diretiva 2014/59/UE, que no ponto 107 refere que "as contribuições para os mecanismos nacionais de financiamento deverão tomar em consideração os graus de risco de crédito, liquidez e mercado que as instituições apresentem".

define, por instrução⁵⁹, a taxa a aplicar, depois de ouvir o FR e demais instituições participantes que exerçam um "maior poder decisivo".

Tal como as contribuições iniciais, o BP pode definir um valor mínimo de contribuição a pagar, considerando que a taxa máxima é de 0,07%⁶⁰.

2013	Instrução n.º 7/2013	Taxa de 0,015%
2014	Instrução n.º 27/2013	Taxa de 0,015%
2015	Instrução n.º 33/2014	Taxa de 0,015%
2016	Instrução n.º 19/2015	Taxa de 0,02%

Tabela 1: Taxas base para a determinação das contribuições periódicas para o Fundo de Resolução.

d) Apuramento e pagamento

O BP é competente para determinar "o método concreto e os procedimentos" a ter em consideração no apuramento da contribuição periódica (art.º 12.º, Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro).⁶¹

Assim, e de acordo com o Aviso n.º 1/2013, as entidades participantes reportam ao BP, mediante modelo próprio e até ao final do mês de fevereiro de cada ano, os valores referentes aos valores que integram a base de incidência⁶².

Tal como para as contribuições iniciais, os valores são remetidos ao FR, o qual depois de confirmar os valores apresentados, remete-os para o BP. Se não se verificarem divergências (caso existam, as mesmas devem ser resolvidas pelo BP), os valores são reportados novamente ao FR, e tidos em consideração no apuramento da contribuição periódica.

Até 31 de março de cada ano, o FR comunica às instituições participantes o montante a ser pago, o qual terá que ser entregue até ao fim do mês de abril⁶³, com exceção do ano de 2013, no qual a contribuição foi liquidada até ao último dia do mês de setembro⁶⁴.

⁵⁹ Instrução deve ser publicada até ao final do mês de outubro de cada ano a que respeita a contribuição (art.º 20.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro).

⁶⁰ Art.º 2.º, n.º 3, Aviso n.º 1/2013 do Banco de Portugal, alterado pelo Aviso n.º 8/2014.

⁶¹ No cumprimento deste artigo, e dentro do prazo legalmente definido de 30 dias, foi publicado o Aviso n.º 1/2013 do Banco de Portugal.

⁶² Art.º 3.º do Aviso n.º 1/2013 do Banco de Portugal.

⁶³ Art.º 153.º-H, n.º 1 do RGICSF.

⁶⁴ Art.º 21.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

4.2.3. Contribuições Especiais

Estas contribuições são caracterizadas por serem excepcionais, cabendo ao Fundo (na figura da comissão diretiva⁶⁵) propor ao Governo⁶⁶ a aprovação destas contribuições, sempre que na iminência de uma medida de resolução, os recursos detidos pelo Fundo se revelem insuficientes para a sustentação de tal medida.⁶⁷ As contribuições são implementadas e reguladas por Portaria do Governo.

a) Incidência Subjetiva

Estão sujeitas a esta contribuição especial todas as entidades que pertençam ao Fundo no momento da aplicação da medida de resolução, de acordo com o disposto no art.º 153.º-D, RGICSF.⁶⁸

b) Incidência Objetiva

Ao contrário das restantes contribuições, a base de incidência da contribuição especial não está definida de forma concreta. Isto, por resultar da diferença entre os recursos próprios já detidos pelo Fundo e o montante, definido pelo BP⁶⁹, necessário para que se prossiga com a medida de resolução. Assim, a base de incidência é variável, dependendo dos recursos do Fundo e dos recursos necessários, sendo por isso, impossível de ser definida por lei geral e abstrata.⁷⁰

É de referir que o valor das contribuições especiais não podem exceder o triplo do montante das últimas contribuições periódicas.⁷¹

c) Valor da Contribuição Especial

O valor da contribuição a pagar a título extraordinário por cada instituição, resulta de uma distribuição proporcional do valor em falta, tendo por base a quota-parte

⁶⁵ Art.º 5.º, alínea e), Portaria n.º 420/2012, de 21 de dezembro.

⁶⁶ Mediante a proposta pelo Fundo, o membro do governo responsável pela área das finanças deve-se pronunciar no prazo máximo de sete dias úteis a contar da apresentação da proposta (art.º 13.º, n.º 3, Portaria n.º 420/2012, de 21 de dezembro).

⁶⁷ Art.º 153.º-I, n.º 1, RGICSF e art.º 13.º, n.º 2 da Portaria n.º 420/2012, de 21 de dezembro).

⁶⁸ cf. ponto 2.5.

⁶⁹ Art.º 145.º-F, n.º 6 e 145.º-H, n.º 6 do RGICSF.

⁷⁰ Art.º 17.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁷¹ Art.º 153.º-I, n.º 2, RGICSF.

de cada instituição, com referência ao valor global das contribuições periódicas pago mais recentemente.^{72/73/74}

d) Apuramento e pagamento

O pagamento da contribuição especial, segundo o art.º 18.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro, deve ser paga apenas de uma vez, no prazo máximo de 10 dias após publicação da portaria do Governo (a qual, nos termos do art.º 15.º, regula as circunstâncias em que devem ser efetuadas as contribuições especiais).⁷⁵

Atendendo a que o montante que pode vir a ser cobrado sob a forma de contribuição especial é de extensão incerta, e pode coincidir com períodos em que alguma das instituições participantes enfrentem, elas próprias, condições adversas, o regime permite que a liquidação da contribuição seja realizada em diversas modalidades.

Desta forma, existe a possibilidade de suspender, parcial ou totalmente, o pagamento⁷⁶, por um prazo não superior a 180 dias prorrogáveis a medida da instituição em causa⁷⁷, mediante a verificação de três condições:

- As instituições devem justificar fundamentadamente a não disponibilidade de pagamento;
- A comissão diretiva do Fundo tem que deliberar sobre o assunto; e
- A entidade tem que assumir o compromisso de efetuar o pagamento no momento em que o Fundo assim o exigir.⁷⁸

Este compromisso é assegurado mediante a constituição de penhor, feito no máximo de 10 dias após da dispensa do pagamento⁷⁹, através de celebração de um

⁷² Note-se que se uma instituição, apesar de já participante no Fundo, ainda não realizou nenhuma prestação periódica, o valor a pagar de contribuição especial calcula-se por recurso ao art.º 10.º, considerando como base de incidência os elementos do passivo dessa entidade em proporção à totalidade do passivo de todas as entidades participantes (art.º 17.º, n.º 3, Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro).

⁷³ Art.º 17.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁷⁴ Existe, porém, uma exceção, referente ao regime transitório, caso houvesse a necessidade de pagamento de contribuições especiais até ao mês de Setembro de 2013, a qual seria calculada com base não no valor da última contribuição periódica, mas sim com base na contribuição inicial (art.º 21.º, n.º 8, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro).

⁷⁵ O pagamento pode ser realizado em prestações, no máximo de quatro, desde que a Portaria do Governo assim permita.

⁷⁶ Art.º 153.º-I, n.º 2, RGICSF.

⁷⁷ Art.º 153.º-I, n.º 4, RGICSF.

⁷⁸ Art.º 18.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁷⁹ Art.º 18.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

contrato⁸⁰ entre o Fundo e a entidade em causa, no qual o primeiro pode dispor sobre os valores entregues em garantia (art.º 9.º, n.º 1, do Regime Jurídico dos Contratos de Garantia Financeira)^{81/82}.

Existe ainda a possibilidade do pagamento, não em numerário, mas através da transferência, a título de dação em cumprimento, de ativos elegíveis⁸³ (art.º 18.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro), os quais também podem ser transferidos para o Fundo, por decisão do Governo e a título de empréstimo, para suprir temporariamente, a insuficiência dos recursos próprios do Fundo (art.º 18.º, n.º 8 do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro), comprometendo-se este a restituir os títulos, ou o seu valor equivalente.

Atendendo à natureza e à finalidade das contribuições especiais, e contrariamente às restantes, pode ocorrer a devolução do valor pago a título de contribuição especial. Esta situação ocorre quando, depois da aplicação de medida de resolução, forem obtidas receitas que permite ao Fundo recuperar parte do "apoio financeiro concedido", e assim, restituir, total ou parcialmente, os montantes pagos. Da mesma maneira, também o penhor financeiro constituído é reduzido ou extinto, com a consequente devolução dos ativos subjacentes ou de valor equivalente.⁸⁴

Quando, à altura da publicação da portaria que institui a obrigatoriedade do pagamento de uma contribuição extraordinária pelas entidades participantes no Fundo, alguma destas se revele economicamente impossibilitada de cumprir o pagamento, pode ficar temporariamente dispensada de o fazer, até que a sua situação se estabilize.

⁸⁰ O contrato de penhor financeiro tem por base uma minuta definida pelo BP (art.º 18.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro).

⁸¹ Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio, art.º 9.º: "1 - O contrato de penhor financeiro pode conferir ao beneficiário da garantia o direito de disposição sobre o objeto desta, salvo no caso de créditos sobre terceiros."

⁸² Se uma entidade se compromete, irrevogavelmente, a liquidar um determinado montante a favor do Fundo, ao deixar de fazer parte deste, esses montantes são imediatamente exigidos. Igualmente, se da aplicação da medida de resolução resultarem receitas, a entidade que deixa de pertencer ao Fundo tem direito à restituição dos montantes pagos por si a título de contribuição especial. (art.º 18.º, n.º 9 e n.º 1 Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro).

⁸³ Segundo a Orientação do Banco Central Europeu, de 12 de março de 2014, para ser elegível, um instrumento tem de ter como ativos subjacentes ativos geradores de fluxos financeiros que o Eurosistema considere homogêneos, ou seja, os ativos devem pertencer a uma das seguintes classes de ativos: a) empréstimos à habitação garantidos por hipotecas; b) empréstimos hipotecários para fins comerciais; c) empréstimos a pequenas e médias empresas; d) empréstimos para aquisição de viatura; e) crédito ao consumo; f) créditos de locação financeira; ou g) créditos de cartão de crédito.

⁸⁴ Art.º 18.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

Posteriormente, o BP tem dois anos contados a data de publicação da Portaria de instituição da contribuição para exigir a contribuição em falta.⁸⁵

4.3. Contribuição extraordinária sobre o sector bancário

Das várias diretrizes europeias, resultou a ideia de criação de uma "taxa"⁸⁶ aplicada a todas as instituições financeiras, tendo em vista ajudar a pagar os custos de crises futuras, incentivando ao mesmo tempo para uma assunção prudente de riscos na tomada de decisões, incitando um comportamento adequado reduzindo o risco de que seja necessário recorrer aos mecanismos de resolução de crises.

Esta taxa, não deverá servir para salvar instituições, mas sim para cobrir os custos de medidas destinadas a minimizar o impacto na estabilidade económica e financeira, sendo suportados pelas instituições os custos inerentes à gestão da crise.

Com efeito, resultou do Relatório do OE para 2011⁸⁷ a criação de uma contribuição que visasse aproximar a carga fiscal suportada pelo sector financeiro da que onera o resto da economia, a qual passaria a contribuir para "o esforço de consolidação das contas públicas e de prevenção de riscos sistémicos".⁸⁸

Ora, daqui resulta que, pelo menos numa fase inicial, as receitas resultantes desta contribuição, seriam canalizadas para o Orçamento do Estado, com o objetivo de consolidação orçamental, e não para o FR, que só mais tarde foi criado. Conforma-se então, o referido tributo com as orientações europeias, concebidas no sentido de criação de um imposto diretamente afetado a um Fundo, que visasse a resolução de crises financeiras das entidades participantes, a partir do momento em que as contribuições passaram a ser integradas como meios de financiamento do FR.

4.3.1. Incidência Subjetiva

São sujeitos passivos da contribuição⁸⁹:

- Instituições de crédito⁹⁰ com sede principal e administração efetiva em Portugal;

⁸⁵ Art.º 19.º, do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁸⁶ Na versão em inglês do relatório "(...) introduction of a levy on financial institutions (...)".

⁸⁷ Art.º 141.º, Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro.

⁸⁸ Ponto III.2.2.3.2. do Relatório do Orçamento de Estado para 2011.

⁸⁹ Art.º 2.º, Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro e art.º 2.º, Portaria n.º 121/2011 de 30 de março.

⁹⁰ Segundo o art.º 2.º, alínea w) do RGICSF, são instituições de crédito as empresas "atividade consiste em receber do público depósitos ou outros Fundos reembolsáveis e em conceder crédito por conta própria."

- Filiais⁹¹ de instituições de crédito em Portugal, de instituições que aqui não tenham sede principal ou efetiva administração;
- Sucursais⁹², em Portugal, de instituições de crédito com sede e administração fora da União Europeia.

4.3.2. Incidência Objetiva

A CESB, tal como as contribuições iniciais e periódicas para o FR⁹³, incidem sobre o passivo dos sujeitos passivos, ao qual é deduzido os Fundos próprios de base e os complementares, bem como os depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos, pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo e os depósitos da Caixa Central (art.º 3.º, Portaria n.º 121/2011 de 30 de março⁹⁴ e art.º 3.º, Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro).

Incide, igualmente, sobre o valor nominal dos instrumentos financeiros⁹⁵ derivados, que se encontrem fora do balanço apurado pelos sujeitos passivos (art.º 3.º, alínea b), Portaria n.º 121/2011 de 30 de março).

A definição do conceito de passivo, como base de incidência da CESB, resulta do art.º 4.º da Portaria n.º 121/2011. Este quantifica a base de incidência, nos mesmos termos que o art.º 3.º e art.º 10.º, do Decreto-Lei n.º 24/2013 define o conceito de passivo para as contribuições para o FR. Assim sendo, a CESB e as contribuições para o Fundo, têm idêntica base de incidência à exceção do valor nominal dos instrumentos financeiros derivados, que apenas é considerado na primeira.

Tal como as contribuições para o FR, a CESB incide sobre o passivo das instituições financeiras. Do Relatório (ECOFIN) do Conselho, datado do ano de 2010, já se retirava a ideia de que o imposto a aplicar às instituições financeiras poderia ter como base de incidência o ativo, o passivo ou outros elementos (e.g. lucros). Porém, a decisão passou por considerar que a "taxa" deveria ser calculada com base no passivo, sendo este demonstrativo do rácio de endividamento. A duração dos elementos do

⁹¹ A definição de filial resulta do art.º 2.º, alínea u) do RGICSF.

⁹² A definição de sucursal resulta do art.º 2.º, alínea ll) do RGICSF.

⁹³ Art.º 3.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁹⁴ Artigo alterado pela Portaria n.º 77/2012, de 26 de março, resultado das alterações constantes da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2012.

⁹⁵ Considera-se instrumento financeiro derivado aqueles que sejam qualificados pelas normas contabilísticas como tal, com exceção dos "instrumentos de cobertura ou cuja posições em risco se compensem mutuamente" (art.º 4.º, n.º 3, Portaria n.º 121/2011, de 30 de março)

passivo poderá também ter sido em conta como indicador de uma maior estabilidade do lado do passivo.

4.3.3. Taxa

Do art.º 4.º da Lei n.º 55-A/2010, não se consegue retirar a taxa exata como critério quantificador do imposto a pagar. Bem assim, o legislador definiu um intervalo de valores entre os quais a taxa tem que ser efetivamente definida por diploma regulamentar posterior. Para o passivo, a taxa deve incidir entre 0,01% e os 0,05%, no caso dos instrumentos financeiros derivados, a taxa deve ser definida entre os 0,00010% e os 0.00020%.

		Base da Incidência Objetiva ⁹⁶	
		Art.º 3.º, al. a)	Art.º 3.º, al. b)
2011	Portaria n.º 121/2011, de 30 de março	0,05%	0,000.15%
2014	Portaria n.º 64/2014, de 12 de março	0,07%	0,000.30%
2015	Portaria n.º 176-A/2015, de 12 de junho	0,085%	0,000.30%

Tabela 2 - Variação da taxa da CESB

4.3.4. Procedimento e liquidação da contribuição

A contribuição é liquidada todos os anos (até ao último dia de Junho) pelo sujeito passivo, mediante a entrega de uma declaração eletrónica⁹⁷, tendo por base a média anual dos saldos finais de cada mês, que tenham correspondência nas contas aprovadas no próprio ano sobre o qual é devida a contribuição. O seu pagamento deve ser realizado durante o prazo estabelecido para o envio da mesma.

A falta de entrega de declaração, traduz-se no cálculo da base do imposto com base nos elementos que a Administração disponha (art.º 6.º, n.º 5 da Portaria n.º 121/2011).

⁹⁶ Art.º 3.º, Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro e art.º 3.º, da Portaria n.º 121/2011, de 30 de março.

⁹⁷ Art.º 6.º, Portaria n.º 121/2011, de 30 de março.

5. CLASSIFICAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES FINANCIADORAS DO FUNDO

5.1. Contribuições para o Fundo de Resolução

As contribuições para o Fundo, visam capitalizá-lo com recursos próprios, a fim de fazer aos objetivos que este visa cumprir, enquanto entidade financiadora. Desta forma, embora o seu pagamento se revista de caráter obrigatório, a sua natureza é comparada a um prémio de seguro, "destinado a cobrir o risco de uma instituição participante deixar de cumprir, ou ficar em risco sério de deixar de cumprir, os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da atividade (...) e, por via desse facto, contagiar outras instituições."⁹⁸

Por definição, uma contribuição traduz-se numa prestação pecuniária, imposta por lei, exigida por uma entidade pública, em contrapartida de uma prestação administrativa presumivelmente provocada ou aproveitada pelo sujeito passivo⁹⁹, sendo marcada por uma bilateralidade meramente expetável. As contribuições são então "criadas para e a favor de determinadas entidades reguladoras para sustentar financeiramente as mesmas".¹⁰⁰

Por seu turno, quanto a um tributo qualificado conceptualmente como contribuição, é apenas constitucionalmente exigido, nos termos do art.º 165.º, n.º 1, alínea i) da CRP, que a criação do "regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas" seja da competência da Assembleia da República, em cumprimento do princípio da reserva de lei parlamentar. Quanto às componentes da contribuição em si, estas podem ser, tendencialmente, legisladas por órgão administrativo, caso o qual teve expressão quanto às contribuições para o Fundo, cuja regulação competiu ao Governo proceder.

Partindo do exposto, ao analisar as contribuições para o FR, é perceptível que essas foram criadas com o propósito de dotar o Fundo de recursos que o permitam financiar os processos intervencionais junto de instituições em crise financeira. Não obstante, apesar das contribuições se direcionarem para um objetivo concreto, o seu pagamento não despoleta nas entidades pagadoras, uma consequência imediata, no

⁹⁸ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro.

⁹⁹ DIOGO LEITE CAMPOS, BENJAMIM SILVA RODRIGUES E JORGE LOPES DE SOUSA, "Lei Geral Tributária, Anotada e Comentada", 4.ª ed., Escrita Editora, 2012, p.72 e SÉRGIO VASQUES, "Manual de Direito Fiscal", 1.ª ed., Almedina, 2011, p.221.

¹⁰⁰ Diário da República, II Série, de 30 de Outubro de 1996, p.1381, referido no Ac. n.º 581/2012, do Tribunal Constitucional.

sentido de contraprestação pelo montante ora pago, mas uma mera expectativa de, em caso de elas próprias virem a necessitar de intervenção económica, poderem beneficiar dos mecanismos de financiamento administrados pelo Fundo, enquanto órgão de gestão.

Portanto, o pagamento destas contribuições de forma faseada visa suportar financeiramente a reestruturação de instituições financeiras, nas quais interfere o FR enquanto entidade gestora dos recursos económicos aplicados. Assim, existe uma bilateralidade na génese destas contribuições, mesmo que seja remota uma vez que apenas em caso de necessidade de resolução existe a possibilidade de beneficiar das contrapartidas associadas ao pagamento. Estas características são opostas no caso do imposto, cuja unilateralidade pauta a sua criação, uma vez que o a pagamento não despoleta qualquer contrapartida evidente, constituindo apenas um esforço económico acrescido para o sujeito passivo.

Tal como resulta do agora exposto, e uma vez que a contribuição visa capitalizar uma determinada entidade, com o propósito de a mesma ser capaz de atuar financeiramente, perante uma resolução, entendemos que as contribuições para o FR (inicial, periódica e especial) são verdadeiras contribuições no sentido jurídico da qualificação, sendo a sua criação diretamente pelo Governo legítima, e por isso, constitucionalmente aceite.

Isto é, existe uma contrapartida do pagamento traduz-se na ajuda financeira por parte do Fundo a entidade participadora do mesmo, e por isso que tenha pago contribuições durante certo período, no momento em que venha a ser algo de medida resolutiva e os seus recursos financeiros se revelem insuficientes. E sendo necessário o financiamento externo para a sua liquidação de forma ordeira ou em casos menos graves, para a sua reestruturação, os Fundos detidos serão canalizados para a aplicação de tais medidas, salvaguardando, desta forma, o erário público e demais instituições, mantendo a estabilidade financeira.

5.2. Contribuição extraordinária sobre o sector bancário

Da análise da CESB, advêm algumas questões que merecem o nosso estudo mais profundo. Ao desligarmo-nos da nomenclatura "contribuição" dada a este tributo, podemos questionar se nos encontramos perante uma verdadeira contribuição, como anteriormente definido, ou se as características de um imposto sobressaem. É de referir

que a qualificação atribuída pelo legislador a um tributo não é relevante, ao verificar-se que, substancialmente, se está na presença de um imposto.¹⁰¹

Segundo SALDANHA SANCHES¹⁰², imposto "é uma prestação pecuniária (...) que não apresenta conexão com qualquer contraprestação retributiva específica, exigida por uma entidade pública a outra entidade (...)". Assim, a obrigação de pagar imposto resulta do mero preenchimento de pressupostos legais, os quais dão origem a uma relação jurídica tributária unilateral, assente no princípio da capacidade contributiva¹⁰³.

A classificação de um tributo como imposto, pauta-se pelas seguintes características, materiais e formais, a saber¹⁰⁴:

- Imposto como prestação definitiva, unilateral e não sinalagmática: o pagamento de um determinado valor resulta do mero preenchimento de pressupostos legais (isto é, a verificação do fato tributário¹⁰⁵), não sendo a vontade do sujeito relevante para o pagamento do imposto¹⁰⁶. Este fica coativamente obrigado ao pagamento do imposto, sem que exista uma contraprestação pública, direta e imediata do mesmo;
- Prestação estabelecida por lei, não constituindo sanção ou prevenção de atos ilícitos, tendo como finalidade principal a arrecadação de receita para o Estado;
- Prestação para satisfação de fins públicos, uma vez que o imposto é devido a uma entidade pública¹⁰⁷, e exigido por esta enquanto sujeito ativo, a qual financia o exercício das suas funções com os tributos lhe dirigidos.

Ora, e tendo analisado a estrutura da CESB, entendemos que a contribuição em apreço não se revela uma verdadeira contribuição no sentido da nomenclatura adotada, aproximando-se desta forma, das características legais de um imposto.

Como já referido, a CESB foi criada com vista a reforçar o esforço fiscal feito pelo sector bancário, e de mitigar de modo mais eficaz os riscos sistémicos que lhe estão associados, e não, para capitalizar o FR. Não obstante, em momento posterior, passou a ser uma das formas de financiamento do mesmo, não deixando porém, de ser paga

¹⁰¹ JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, "Constituição da República Portuguesa Anotada", *Anotação ao art.º 103.º*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006, p.219.

¹⁰² J.L.SALDANHA SANCHES, "Manual de Direito Fiscal", 3.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p.22.

¹⁰³ Art.º 4.º, LGT.

¹⁰⁴ DIOGO LEITE DE CAMPOS, BENJAMIM RODRIGUES, JORGE LOPES DE SOUSA, "Lei Geral Tributária Anotada" ..., cit., p.72.

¹⁰⁵ Art.º 36.º, n.º 1, LGT.

¹⁰⁶ Art.º 36.º, n.º 2, LGT.

¹⁰⁷ Art.º 18.º, n.º 1, LGT.

diretamente ao Estado e de ter como objetivo onerar as instituições financeiras por força dos riscos que lhe estão associados.

A CESB traduz-se numa prestação unilateral e definitiva, legalmente definida e obrigatória, que apesar de conceptualmente qualificada como contribuição, as características de um imposto sobressaem, assemelhando materialmente esta contribuição a um imposto . Esta visa angariar receita juntamente com a obrigatoriedade do mercado financeiro suportar os resultados da crise por si instalada, defendendo o restante mercado, os contribuintes, e a economia no geral.

Ainda mais se refere, que a CESB não sendo dedutível em sede de IRC, por força da eliminação taxativamente pelo legislador fiscal através da alínea p) do n.º 1 do art.º 23.º-A, do CIRC, tal e qual como desconsiderados quaisquer gastos inerentes ao pagamento de impostos que incidam sobre o lucros, reforçando deste modo a qualificação como imposto. Contrariamente, as contribuições para o FR, visto não estarem expressamente excluídas no corpo do art.º 23.º-A, tem vindo a ser consideradas como um gasto dedutível aceite fiscalmente.

6. O TESTE DA CONTRIBUIÇÃO EXTRAORDINÁRIA, À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Entendemos, com base no exposto acima, que a CESB deverá ser fiscalmente qualificada, e conseqüentemente analisada, como imposto, e não como mera contribuição. Desta qualificação, resultam dúvidas quanto à constitucionalidade formal e material, face a certos princípios estruturantes do Estado de Direito.

6.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, direcionado para a matéria tributária, tem como função defender os direitos e garantias do administrado em relação à atividade do estado, especialmente em relação à criação de obrigações tributárias.

Apesar de não ser coeso o conteúdo deste princípio constitucional, entendemos que este pode ser entendido, em termos gerais, em duas vertentes: a reserva de lei formal e a reserva de lei material.

6.1.1. Princípio da reserva de lei formal

Esta vertente do princípio da legalidade associa-se à previsibilidade e calculabilidade¹⁰⁸ da obrigação de imposto e dos seus elementos. É resultado ainda da afirmação histórica, a exigência de que os assuntos em matéria fiscal fossem reservados para decisão parlamentar, devido à sua interferência deste com a propriedade privadas dos contribuinte. Neste sentido, a alínea i), do n.º 1, do art.º 165.º da CRP, atribui à Assembleia da República a competência relativa para a "criação de impostos e sistema fiscal", limitando desta forma, a intervenção de órgãos estatais não legislativos nestas matérias¹⁰⁹.

É de referir, que o princípio constitucional da legalidade, não abrange o tributo qualificado como taxa, prevendo apenas a Constituição que é da competência exclusiva da Assembleia da República legislar sobre o regime geral das taxas (art.º 165.º, n.º 1, alínea i) da CRP), consagrando uma reserva de lei menos exigente, uma vez que determina que “apenas” o regime geral respetivo conste de Lei.

Atento o exposto, e como já referido, a CESB, contribuição alvo da nossa análise, foi criada e entrou em vigor ao abrigo da Lei n.º 55-A/2010, referente ao OE

¹⁰⁸ Nas palavras de ANA PAULA DOURADO, "Direito Fiscal", 1.ª ed., Almedina, 2015, p. 124.

¹⁰⁹ Com a ligeira nuance do Governo que pode legislar mediante autorização legislativa, que pré-determine os parâmetros de criação da lei.

para 2011. Cumprindo desta forma a obrigatoriedade de lei formal a título de Lei criada pela Assembleia da República, órgão competente para o efeito, sendo o princípio da legalidade na aceção aqui referida verificado quando a este imposto.

6.1.2. Princípio da reserva material

O princípio da reserva material, como vertente do princípio da legalidade, concretiza-se na obrigatoriedade de os impostos serem "criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes" (art.º 103.º, n.º 2, CRP). Desta forma, o princípio da legalidade não se esgota na obrigatoriedade do imposto ser criado por Lei, mas também no cumprimento do princípio da tipicidade fechada, reforçado no art.º 8.º, n.º 1 da LGT¹¹⁰.

Consta então deste artigo, a obrigatoriedade de definição normativa dos factos ou situações que dão origem ao imposto, dos sujeitos passivos e ativos, do montante do imposto, e dos benefícios fiscais, não tendo ficado a Constituição pela definição de princípios ou bases gerais da criação de um imposto.

A criação de um quadro legal rigoroso¹¹¹, traduz-se na definição legal dos elementos fundamentais do imposto como conteúdo mínimo necessário que um regime deve conter para funcionar como garantia dos contribuintes, que perante a sujeição a um tributo, cujo pagamento é obrigatório e sem que exista reverso do mesmo, conhecem, na exata medida, como é que a sua esfera privada irá ser afetada,

Com base no exposto, e entendendo que a CESB se qualifica materialmente como imposto, decorrem desta qualificação certas implicações, nomeadamente quanto ao cumprimento do princípio da legalidade na vertente de precedência de Lei. Ora, da análise da art.º 8.º da Lei n.º 55-A/2010, resulta que a "base de incidência (...) e as taxas aplicáveis (...), bem como as regras de liquidação, de cobrança e de pagamento da contribuição são objeto de regulamentação por portaria do Ministro das Finanças, ouvido o Banco de Portugal". Daqui se retira, que a definição da base de incidência e das taxas, bem como a definição das normas de liquidação e cobrança do imposto, são reenviadas para Portaria, ou seja, para atividade regulamentar (administrativa) do Governo, não cumprindo desta forma o pressuposto do n.º 2 do art.º 103.º da CRP.

¹¹⁰ Art.º 8.º, n.º 1, LGT - "Estão sujeitos ao princípio da legalidade a incidência, a taxa (...)"

¹¹¹ JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, "Constituição da República Portuguesa Anotada", Tomo II, Coimbra Editora, 2009, p. 220

No caso concreto, apesar de não ser um resultado do princípio da legalidade, é de referir o art.º 112.º, n.º 6 da CRP, segundo o qual "nenhuma lei pode conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, integrar qualquer dos seus preceitos". Com este artigo visou-se evitar que a lei confira a atos de natureza diferente e grau hierárquico inferior a competência para disciplinar e desenvolver certos elementos que deveriam constar dela própria, sob pena de incorrem no vício de inconstitucionalidade material. Na situação em análise, não existe uma integração total do conteúdo normativo em diploma regular, porquanto, o que a lei faz é, tão só, devolver para o âmbito da disciplina regulamentar a fixação da taxa efetiva, a efetuar dentro da amplitude quantitativa por ela definida.

Quanto à **liquidação e cobrança do imposto**, poderá considerar-se estes elementos como que instrumentais relativamente aos restantes, revelando-se meras normas de execução ligadas a funções administrativas de fixação e apuramento da matéria coletável. Desta forma, e na posição de certos autores, poderia caber a um diploma do executivo, o desenvolvimento dos critérios já referenciados, uma vez que visa meramente permitir a concretização das normas de incidência¹¹².

Não obstante a posição referida, entendemos que de uma forma geral, tanto os procedimentos de liquidação como de cobrança, por serem intrínsecos à determinação da matéria coletável, e por interferirem com o montante de imposto a pagar, e desta forma, com a esfera privada do sujeito passivo, encontram-se sujeitos à reserva de lei formal.

De toda a forma, e pela análise do art.º 8.º da Lei n.º 55-A/2010, conclui-se ainda que este remete para diploma posterior as "regras de liquidação e de cobrança de imposto", sem que tenha definido, mesmo que de forma geral, critérios base destas regras, sendo por isso, manifestamente contrário ao princípio da legalidade.

Quanto à **incidência**, o legislador definiu de forma genérica, a base de incidência de imposto, tendo remetido para Portaria a pormenorização da mesma, e colocando os destinatários da CESB numa posição de desconhecimento face ao valor que irá servir de base à aplicação da taxa. Ora, com referência ao princípio da legalidade, deve resultar de diploma, não só a limitação do fato tributário e do sujeito passivo, bem como os aspetos de quantificação do imposto.¹¹³

¹¹² J.L.SALDANHA SANCHES, "Manual de Direito Fiscal"...,cit., p. 118.

¹¹³ Ainda que resulte do art.º 7.º da Lei n.º 55-A/2010, que à liquidação e cobrança da CESB são aplicáveis, de forma subsidiária, o disposto na LGT e no Código de Procedimento e Processo Tributário.

Do art.º 3.º da Lei n.º 55-A/2010, resulta apenas que a CESB incide sobre os passivos apurados (deduzidos de certos elementos¹¹⁴) e sobre o valor nominal dos instrumentos financeiros derivados, tendo vindo o conteúdo destes elementos de base a ser preenchido no art.º 4.º da Portaria n.º 121/2011, isto é, por diploma posterior à entrada em vigor do regime da contribuição, cujo conteúdo foi legislado pelo Governo. Tomando por exemplo, a Portaria vem excluir certos elementos da base de incidência para a CESB, os quais, apenas pelo conteúdo da Lei n.º 55-A/2010, se encontrariam sujeitos a tributação.

Quanto à **taxa**, como elemento quantificador da dívida e como conteúdo da previsão da lei fiscal, não se encontra rigorosamente definida em Lei, tendo esta sido remetida para diploma posterior, a ser emitido pelo Ministro das Finanças. Contudo, não foi deixado à mercê do Governo a definição da taxa efetiva aplicável à base de incidência, tendo sido definido um intervalo dentro do qual a taxa efetiva deverá ter expressão.

Apesar de conceptualmente se poder considerar que o princípio da legalidade só se encontra efetivamente verificado quando são definidos, não apenas os limites da taxa, mas o valor concreto, resulta da jurisprudência do Tribunal Constitucional¹¹⁵ a ideia de que a definição da quantificação do imposto através da indicação dos respetivos limites, não deixa o legislador de atuar no exercício do seu poder, e bem assim, de preencher os pressupostos constitucionalmente exigidos.

Desta forma, pode-se questionar se a margem de liberdade governamental na fixação da taxa em concreto é razoável e adequada, tendo em consideração o princípio da segurança jurídica. Isto é, se o intervalo dentro do qual o legislador regulamentar pode fixar a taxa efetiva, não se traduzia numa incerteza intolerável quanto ao grau de imputação do imposto ao sujeito passivo, de forma a não comprometer a conformação do conteúdo da norma com os princípios constitucionais.

Assim, o princípio da legalidade, na vertente de reserva de lei material quanto à fixação da taxa encontrar-se-ia compreendido se a lei definisse: i) os limites mínimos e máximos da taxa a definir por regulamento; ii) o intervalo dentro do qual o legislador deva atuar possa ser considerado razoável e adequado.

¹¹⁴ cf. p.25.

¹¹⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 70/2004, Plenário, Relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues.

Se, de certa forma, se pudesse aceitar a determinação posterior da taxa, é exigível que o legislador tenha determinado critérios orientadores para a fixação da mesma, não podendo a Administração fixar livremente a taxa de imposto.¹¹⁶

Da análise do diploma legal, resulta que apesar de o legislador ter delimitado a definição da taxa a um mínimo e a um máximo, não foram criadas nenhuma guias orientadores para a concretização definitiva da taxa.

Ora, e visto que esta contribuição tem vindo a ser considerada como custo não dedutível em sede de IRC, não é indiferente a aplicação de uma taxa de 0,01% ou de 0,05%, na medida em que os montantes (passivo) sobre os quais incide a taxa são, tendencialmente, de grande volume. Além de que, não se encontra também definida com exatidão, a base de incidência sobre a qual se irá aplicar as referidas taxas, desconhecendo o contribuinte tanto sobre "quê" e sobre "quanto", é que ficará vinculado ao pagamento do imposto.

6.1.3. Conclusões

De tudo exposto, podemos retirar que a CESB falhou o teste relativo ao princípio da legalidade, à luz do art.º 103.º da CRP.

Apesar de ter sido criada cumprindo a reserva de lei formal constitucionalmente definida, uma vez que foi inserida no sistema tributário português através da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, que aprova o OE para 2011, isto não minimiza o conteúdo da mesma e as circunstâncias em que foi legislada.

A base de incidência, a taxas aplicáveis, as regras de liquidação, cobrança e pagamento, encontram expressão no art.º 103.º, n.º 2 da CRP, como elementos essenciais do ato normativo, elementos cuja determinação afeta diretamente a economia dos sujeitos passivos de imposto, e por isso a sua regulamentação deverá ser legalmente definida, sendo a remissão para Portaria do Ministro das Finanças, não aceite, tendo por base a sustentação da segurança jurídica, e consequentemente, do princípio da legalidade.

6.2. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade¹¹⁷, de um modo geral, assenta no "juízo de comparabilidade"¹¹⁸ entre sujeitos passivos e objetos de tributação. Ora, numa

¹¹⁶ MARIA CELESTE CARDONA, "*Contribuição Extraordinária sobre o Sector Bancário*", *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 4, n.º 1, Primavera, p.105-207.

perspetiva tributária, este princípio só pode ser alcançado se o legislador delimitar o objeto do imposto tendo em consideração a capacidade contributiva de cada sujeito passivo¹¹⁹.

Neste sentido, o princípio da capacidade contributiva enquanto concretização do princípio da igualdade, consubstancia-se na "uniformidade"^{120/121} exigida à generalidade dos impostos, idealizando que cada contribuinte deve pagar imposto apenas na medida da sua força económica, em tom de "personalização do imposto"¹²².

Ora, para que o imposto tenha correspondência à força económica do contribuinte, exige-se que este incida sobre uma das três realidades económicas definidas constitucionalmente: rendimento, património e consumo (art.º 104.º, CRP).

Como efeito e tendo por base o anteriormente analisado, um imposto que vise onerar o mercado financeiro cuja incidência dirige-se a instituições estruturalmente constituídas como pessoas coletivas, a sua capacidade contributiva tem expressão através da tributação do seu rendimento, depois de lhe serem deduzidas todas as despesas incorridas no exercício da atividade e necessárias para o desenvolvimento desta. Desta forma, e segundo o n.º 2 do art.º 104.º da CRP, a "tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real".

Ora assim, o imposto incide sobre o seu rendimento real, cujo valor é calculado de forma efetiva ou presumida¹²³, ou incide, excecionalmente, sobre o seu rendimento normal, no caso de existirem situações, que pelas características empresariais e económicas apresentadas pela empresa, esta poderá ser tributada com base no rendimento normal¹²⁴, apurado a partir de outras realidades. Desta forma, as empresas devem ser tributadas apenas quando tenham rendimento, e na exata medida do mesmo.¹²⁵

É ainda de sublinhar que a base de incidência da tributação das empresas não deve, nem pode, ser um valor estanque, mas sim uma realidade, que deve ser encarada

¹¹⁷ Art.º 5.º, n.º 2, LGT - "a tributação respeita aos princípios (...) igualdade".

¹¹⁸ ANA PAULA DOURADO, "Direito Fiscal"..., cit., p. 197.

¹¹⁹ J.L.SALDANHA SANCHES, "Manual de Direito Fiscal"..., cit., p. 211.

¹²⁰ JOÃO CATARINO, "Direito Fiscal", 6.ª ed., Almedina, 2010, p. 171 e JOSÉ CASALTA NABAIS, "Por um Estado fiscal sustentável", 1.ª ed., Almedina, Maio, 2005, p. 373.

¹²¹ Citando ANA PAULA DOURADO "(...) a capacidade contributiva é a medida da igualdade nos impostos".

¹²² SÉRGIO VASQUES, "Manual de Direito Fiscal"..., cit., p. 253.

¹²³ JOSÉ CASALTA NABAIS, "Por um Estado fiscal sustentável"..., cit., p. 373.

¹²⁴ Segundo JOÃO CATARINO, "Direito Fiscal"..., cit., rendimento normal é aquele que, ao ter em consideração as condições normais de funcionamento de uma empresa, esta obteria em média durante uma série de anos (p. 485).

¹²⁵ J.L.SALDANHA SANCHES, Manual de Direito Fiscal..., cit., p. 23.

como uma representação contabilística de uma realidade empresarial, que se aproxima, apenas, do rendimento real. Aliás, como referido por CASALTA NABAIS¹²⁶, o legislador goza de liberdade para estabelecer desvios ao modelo da tributação de empresas pelo lucro real, cujo suporte constitucional advém do princípio da praticabilidade das soluções.

Tomando agora a CESB como ponto de análise, o sujeito passivo da mesma concretiza-se numa instituição bancária, incidindo o imposto sobre o passivo apurado e aprovado pela mesma e pelo valor nocional dos instrumentos financeiros derivados. Como passivo, recorda o n.º 1 do art.º 4.º da Portaria n.º 121/2011, de 30 de março, são "os elementos reconhecidos em balanço (...) que representem dívidas para com terceiros", sendo o valor deste elemento contabilístico a base de incidência das contribuições.

Desta forma, visa-se criar uma contribuição baseada no perfil de risco das entidades supervisionadas, cuja expressão melhor se mostra no passivo detido pela entidade, e não pelo lucro real por esta auferido, de modo a atingir maior eficácia e eficiência¹²⁷ os objetivos de criação do regime.

Conhecendo a estrutura conceptual da CESB, constituir como base de incidência da mesma os rendimentos, reais ou presumidos, de uma instituição financeira, defraudaria o propósito do tributo, uma vez, que em caso de desequilíbrio financeiro, o que demonstra a extensão da medida de resolução da entidade e o conseqüente financiamento necessário, é a profundidade de passivos detidos pela mesma e demonstrados nas suas contas (excluindo para isso o capital próprio e o passivo segurado). Ao contribuir sobre o rendimento, correr-se-ia o risco, de o FR nunca ser capaz de financiar nenhuma medida subjacente à sua criação, uma vez que aquilo que visa cobrir é muito maior, do que aquilo que o capitalizou, em primeiro lugar.

Ora, poder-se-ia discutir, tendo por base o disposto constitucional, que o passivo de uma entidade não traduz a sua capacidade contributiva, não refletindo a situação económica da entidade que a torna sujeito passivo de uma relação tributária, de onde resulta o pagamento de um tributo. Porém, delimitar a base de incidência do imposto tendo por base a aplicação cega do princípio da capacidade contributiva, como acima definido, iria deixar de fora vários riscos sistemáticos evidentes, com a possibilidade de,

¹²⁶ JOSÉ CASALTA NABAIS, "Direito Fiscal" ...cit., p. 175.

¹²⁷ L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "I Congresso de Direito Bancário", 1.ª ed., Almedina, 2015, p.288.

apesar da existência de um FR, haverem implicações prejudiciais ao conjunto do sistema financeiro nacional.

6.2.1. Conclusões

À luz do princípio da igualdade, as entidades têm que estar sujeitas a um juízo de comparabilidade na sujeição à CESB. Tendo por base que esta contribuição foi criada com o propósito de imputar ao sistema financeiro as consequências da crise que ele próprio criou, impedindo, de certa forma, que os efeitos da mesma transpareçam para os contribuintes, não seriam real fazer incidir o imposto sobre o rendimento das mesmas. O que cria o desequilíbrio do mercado, e a necessidade das instituições serem intervencionadas é o tamanho do seu passivo, que muitas das vezes tomam proporções desmesuradas ao ponto de se tornar quase impossível a continuação da sua atividade económica, entrando em colapso financeiro, com possível contágio para o restante mercado.

A solvabilidade de uma entidade, demonstrada pela capacidade de vir a cumprir os seus compromissos no futuro a todo o tempo, e a sua liquidez, na medida de ter ativos líquidos ou tornáveis líquidos, sob pena de sua alienação, são fatores relevantes na hora de delimitar a base de incidência do imposto.¹²⁸

Ora assim, a forma mais realista de financiar a aplicação de medidas de resolução destinadas a salvaguardar a confiança dos depositantes e acautelar o risco sistémico, é a incidência da CESB sobre o passivo, ou seja, sobre o total dos valores que representem uma dívida para com terceiros.

6.3. Princípio da proibição da retroatividade fiscal

A regra no direito fiscal, bem como noutros ramos do Direito, é que a lei nova apenas se aplica para o futuro. Esta conceção é retirada pelo art.º 103.º, n.º 3 da CRP o qual assegura o princípio constitucional da não retroatividade da lei fiscal, consagrando que "ninguém pode ser obrigado a pagar impostos (...) que tenham natureza retroativa".

Também a LGT, no seu art.º 12.º vem reforçar a ideia da proibição da retroatividade em matérias fiscais afirmando que "as normas tributárias aplicam-se aos factos posteriores à sua entrada em vigor, não podendo ser criados quaisquer impostos retroativos".

¹²⁸ L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "I Congresso de Direito Bancário"..., cit., p.267.

A posição do Tribunal Constitucional em relação a esta matéria, leva-o a distinguir três graus de retroatividade, cada um com efeitos diferentes perante a norma em questão. Unanimemente¹²⁹, o Tribunal Constitucional tem vindo a considerar que apenas vertem sobre a incidência do art.º 103.º, n.º 3, CRP os casos de dita retroatividade autêntica, ou seja, quando os efeitos da lei nova se pretendem projetar sobre factos tributários integralmente ocorridos antes da sua entrada em vigor, e por isso, decorridos ao abrigo de uma lei antiga.

Consequentemente, os outros graus de retroatividade denominados de retroatividade inautêntica¹³⁰ ou de terceiro grau¹³¹, são de certa forma não penalizados diretamente pelo referido artigo constitucional, o qual sanciona a retroatividade só por si, independentemente da conduta de terceiro nesse sentido.

Assim o é, porque se cria uma presunção inilidível de que as expectativas jurídicas e legítimas dos contribuintes serão ofendidas, se uma nova lei se visasse projetar sobre fatos originados à luz de lei diferente. Isto traduz-se na proteção da confiança, de que os contribuintes conformaram a sua atuação à luz de uma determinada lei, projetando os seus efeitos conforme as palavras do legislador, não podendo estas expectativas serem frustradas pela entrada em vigor de uma nova lei com a qual o contribuinte não poderia contar no momento da sua atuação.

Tendo por base o acima exposto, cumpre olhar para a CESB, na medida da possível retroatividade de diploma posterior à criação da própria contribuição, que vem definir a taxa a ser aplicada à base de incidência deste imposto.

Criando uma linha temporal, a contribuição foi introduzida pela Lei n.º 55-A/2010, referente ao OE de 2011, consagrando esta contribuição para vigorar para o ano seguinte, ora 2011.

Porém, resultam da legislação da CESB, dois problemas sistémicos, os quais passamos a enunciar:

- i. Base de incidência e taxas de imposto definidas posteriormente à entrada em vigor da contribuição;
- ii. Incidência de imposto sobre passivos apurados em ano anterior.

¹²⁹ No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 399/10, de 27 de outubro (Relatora Conselheira Ana Guerra Martins), refere-se que o legislador "apenas pretendeu incluir, no n.º 3 do art.º 103.º da CRP, a proibição da retroatividade autêntica, própria ou perfeita da lei fiscal".

¹³⁰ Pelas palavras do Tribunal Constitucional, retroatividade inautêntica verifica-se quando os efeitos da lei nova se visam projetar sobre factos que ainda se encontrem em curso, à data da sua entrada em vigor.

¹³¹ Retroatividade de terceiro grau verifica-se quando a lei nova se projeta sobre os efeitos futuros de atos totalmente verificados no passado, sendo que os efeitos futuros são posteriores à entrada da lei nova.

Começando pelo **ponto i)**, a Lei n.º 55-A/2010, remete no seu art.º 8.º, a base de incidência e a respetiva taxa a ser aplicada, para portaria do Ministro das Finanças, a qual só veio a ser publicada apenas a 30 de março de 2011.

Existe então aqui, um grau de incerteza na medida em que os sujeito apenas conhecem do intervalo no qual a taxa pode ser efetivamente definida, e não de valor exato. Porém, tem vindo o Tribunal Constitucional¹³² a referir que, tem que existir um critério de "razoabilidade, quanto ao intervalo dentro do qual o legislador regulamentar podia fixar a taxa efetiva, isto para que o intervalo não fosse de tal modo amplo que criasse uma incerteza intolerável quanto ao grau de imputação" aos passivos incidentes.

De facto, em todas as matérias de direito, aquela que não se pode verificar qualquer margem de discricionariedade, é sem dúvida a matéria relativa ao sistema fiscal. De notar, que não é totalmente indiferente, para o cumprimento da certeza e segurança jurídica, uma taxa de 0,01% ou de 0,05%, como já referido quanto ao princípio da legalidade.

Em relação ao **ponto ii)**, tendo a CESB sido criada para vigorar a partir do dia 1 de janeiro de 2011¹³³, de certa forma esperava-se que a sua base apenas incidisse sobre os passivos contraídos ou existentes em 2011.

Porém, o art.º 6.º, n.º 2 da Portaria n.º 121/2011, apura da base de incidência do imposto tendo como referência "a média atual dos saldos finais de cada mês, que tenham correspondência nas contas aprovadas no próprio ano em que é devida a contribuição".

Daqui se retira que, em 2011, o imposto incidirá sobre os passivos contraídos em 2010, isto é, sobre os valores com correspondência nas contas aprovadas no próprio ano em que é devida a contribuição (valores de 2010, cujas contas são aprovadas em 2011). Desta forma, a Lei n.º 55-A com a subsequente Portaria n.º 121/2011, vêm aplicar uma nova lei a factos anteriores e totalmente formados à sua entrada em vigor.¹³⁴

6.3.1. Conclusão

O princípio da não retroatividade fiscal, como decorrência do princípio da segurança jurídica, deve ser garantido a todos os contribuintes como destinatários de normas jurídicas tributárias. Tendo por base o referido, existem fundadas dúvidas

¹³² Ac. n.º 70/2004. ..., cit..

¹³³ Art.º 187.º, Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro.

¹³⁴ MARIA CELESTE CARDONA, "Contribuição Extraordinária sobre o Sector Bancário"..., cit., p. 109.

quando ao conteúdo da referida norma jurídica, por violação do pressuposto do n.º 3 do art.º 103.º da CRP.

Não é possível ao sujeito passivo, prever a incidência do imposto, quando o mesmo ainda não entrou em vigência, quebrando a tutela de confiança dos contribuintes quando em 2011, se encontram legalmente obrigados ao pagamento de um imposto cuja incidência se concretiza nos resultados verificados no ano imediatamente anterior.

Neste sentido, a aplicação retroativa da incidência deste imposto, afeta as expectativas dos contribuintes, em sentido desfavorável, pois constitui uma alteração na ordem jurídica passada com que, os destinatários da norma, não podiam contar. E mais se refere, que a norma que se visa implementar não protege interesses constitucionalmente relevantes que se possam considerar prevalecentes sobre os interesses particulares afetados¹³⁵.

Apesar da conjuntura económica e financeira que se têm vindo a verificar nos últimos anos, não é possível afirmar que esta medida não fosse algo com que as instituições por ela afetadas não pudessem contar, tendo em conta a necessidade de aumento da receita fiscal como forma de equilibrar as receitas estaduais. Porém, o que não era objetivamente de esperar, é que o imposto fosse incidir sobre os resultados anteriores. De certa forma, não havia nenhuma indicação segura que permitisse concluir que o legislador haveria de fazer incidir um novo imposto com efeitos supostamente retroativos.

¹³⁵ Critérios que têm vindo a ser utilizados na jurisprudência do Tribunal Constitucional, tomando por exemplo o Ac. n.º 399/10, Plenário, Relatora Conselheira Ana Guerra Martins, com referência ao Ac. n.º 287/90, de 30 de outubro.

7. BREVE REFERÊNCIA DO FUNDO DE RESOLUÇÃO EUROPEU

Em face da crise económica e financeira que se tem vindo a verificar na União Europeia, foram tomadas medidas para diminuir os riscos de que situações de desequilíbrio grave em instituições financeiras, sejam transmitidas para a generalidade do mercado do sector, e que provoquem danos tanto na atividade económica como junto do erário público.

O primeiro passo, foi marcado pela Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, veio estabelecer um enquadramento geral para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento, a fim de evitar interpretações divergentes a nível dos EM e desta forma diminuir as diferenças entre os regimes de resolução, as quais poderiam afetar os custos do financiamento das instituições com atuação transfronteiriça e dar origem a distorções da concorrência entre instituições¹³⁶.

Neste sentido, e como regra geral, os EM deverão criar os seus mecanismos nacionais de financiamento¹³⁷, através de Fundos controlados pelas autoridades de resolução, a utilizar para os efeitos previstos na referida diretiva, os quais serão financiamentos através de contribuições obrigatórias de instituições autorizadas nos respetivos territórios.¹³⁸

Já em 2010, a Comissão referiu que o ideal seria a criação de um Fundo de resolução de crises único para os Estados da União. Porém, rapidamente se concluiu que a criação de Fundos nacionais associados a um conjunto coordenado de mecanismos de gestão de crises seria o primeiro passo a tomar, de forma a reforçar a estabilidade financeira e lançar as bases da recuperação económica de instituições financeiras.

Neste sentido, o Regulamento n.º 1024/2013 do Conselho, e agora alterado pelo Regulamento n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, veio uniformizar para os EM participantes, através do Mecanismo Único de Supervisão ("MUS")¹³⁹, o

¹³⁶ Ponto 9 da Diretiva 2014/59/UE.

¹³⁷ Art.º 100.º da Diretiva 2014/59/UE e art.º 68.º do Regulamento n.º 806/2014.

¹³⁸ Ponto 104 e art.º 103, n.º 1 da Diretiva 2014/59/EU.

¹³⁹ O MUS, contempla a atribuição da responsabilidade de supervisão das instituições financeiras da UE, ao Banco Central Europeu, em cooperação com as autoridades de supervisão nacionais (no caso português, o BP). Este mecanismo contempla a criação de uma autoridade de resolução, bem como a constituição de um mecanismo comum para o financiamento das referidas medidas.

poder centralizado de resolução, ficando sujeitos a dispositivos da União em matéria de supervisão e a dispositivos nacionais em matéria de resolução e de apoios financeiros.¹⁴⁰

Do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2014, resultou ainda a consolidação do Mecanismo Único de Resolução ("MUR")¹⁴¹, o qual visa harmonizar os regimes jurídicos nacionais de recuperação e resolução das instituições de crédito e de certas empresas de investimento. O MUR deverá abranger todas as instituições de crédito estabelecidas nos EM participantes.

Como mecanismo de decisão comunitário, pertencente ao MUR, é criado um Conselho ("*board*") com poder de iniciativa em matéria de resolução, no qual as autoridades de resolução nacionais se encontram representadas. Compete ainda ao mesmo, a apresentação de propostas de decisão, quanto às medidas de intervenção a serem tomadas, as quais serão analisadas pela Comissão Europeia¹⁴², e caso esta discordar com o seu conteúdo, a decisão final caberá ao Conselho da UE.

Naturalmente, constitui elemento essencial sem o qual o MUR não poderá funcionar de forma adequada, um Fundo Único de Resolução, que vise garantir uma prática administrativa uniforme no financiamento da resolução, e que evite a criação de obstáculos ao exercício de liberdades fundamentais.

O Fundo deverá ser financiado por contribuições dos bancos feitas a nível nacional. Assim, as autoridades de resolução nacionais continuaram a ser competentes, em regra, por exercer a função de resolução apenas sobre instituições que não sejam diretamente supervisionadas pelo BCE, ou que tenham qualquer relação societária com outro EM (por exemplo, através de uma filial). Assim, as autoridades nacionais apenas serão competentes para aplicar medidas de resolução se não for necessário recorrer ao financiamento do Fundo europeu. Além de que, todas as decisões relativamente a estas matérias, devem ser coordenadas com o Conselho, o qual ditará o veredicto final quanto às deliberações tomadas.

¹⁴⁰ JOÃO FREITAS, "*Um mecanismo de resolução para a União Bancária: fundamentos e configuração*", Publicações do Banco de Portugal, 2014.

¹⁴¹ Só as instituições financeiras pertencentes ao MUS, é que podem ficar sujeitos ao MUR.

¹⁴² A Comissão Europeia terá pelo prazo de 24 horas, para se pronunciar sobre as decisões de resolução que sejam apresentadas pelo *Board*. Caso esta não se pronuncie dentro do prazo referido, ou manifeste o seu acordo, a decisão entra em vigor.

7.1. Financiamento do Fundo Único de Resolução

O regime de resolução previsto na Diretiva, determina que cada EM deverá constituir um mecanismo de financiamento de medidas de resolução - tipicamente, um Fundo de resolução, habilitado a prestar apoio financeiro às medidas a serem aplicadas, e controlado pelas autoridades de resolução. Desta forma, o mecanismo nacional de financiamento é capitalizado através de contribuições obrigatórias pelas instituições, as quais devem ser cobradas antecipadamente e antes de qualquer operação de resolução.¹⁴³ Quando o financiamento prévio for insuficiente, deverão ser cobradas contribuições adicionais para suportar os custos ou os prejuízos adicionais.

Caso os EM já tenham mecanismos de resolução nacionais, o caso português, estes deverão utilizar os meios financeiros de que dispõem, recolhidos no passado junto das instituições em forma de contribuições iniciais e periódicas, para compensar as entidades pela contribuição que deverão pagar ao Fundo europeu, de forma a evitar o duplo pagamento.¹⁴⁴

É de referir que, o pleno funcionamento do Fundo encontrava-se dependente de acordo estabelecido entre os EM^{145/146}, tendo em vista a uniformização da transferência das contribuições cobradas a nível nacional para o Fundo.¹⁴⁷ Posteriormente de serem cobradas as contribuições pelas entidades nacionais, tendo cumprido os critérios uniformes implementados, as mesmas serão afetadas, durante um período transitório, a diferentes compartimentos correspondentes a cada um dos EM, os quais visam ser extintos após um período transitório de 8 anos, iniciado a janeiro de 2016, sendo posteriormente fundidos num só.

Neste sentido, a capitalização do Fundo é realizada, numa primeira linha, de forma progressiva através de contribuições faseadas pelas diversas entidades participantes, continuando as mesmas a serem cobradas a nível nacional, comprometendo-se os Estados-Membros à cobrança das mesmas, junto das instituições

¹⁴³ Ponto 104 e 105 da Diretiva 2014/59/EU.

¹⁴⁴ Ponto 103 e 108 e art.º 77.º do Regulamento n.º 806/2014.

¹⁴⁵ O acordo relativo à transferência e mutualização das contribuições para o Fundo único de resolução, foi celebrado entre os EM, com vista a uniformizar a forma como cada um transfere para o Fundo, as contribuições cobradas a nível nacional, de forma a respeitar o princípio da cooperação leal consagrado no art.º 4.º, n.º 3, do Tratado da EU.

¹⁴⁶ Art.º 67.º, do Regulamento n.º 806/2014.

¹⁴⁷ No caso português, uma mudança decorrente da Diretiva, consubstanciou-se no Aviso n.º 8/2014 do BP, que veio alterar o modo de apuramento da contribuição periódica, ajustando-a às diretrizes europeias.

estabelecidas no seu país, e a transferir os Fundos angariados¹⁴⁸, assegurando a canalização uniforme dos meios financeiros para o Fundo. Estas contribuições são afetadas ao "compartimento nacional" correspondente ao EM da instituição contribuinte. O Fundo funcionará nestes termos durante a primeira década, depois da qual a capitalização do mesmo deverá encontrar-se completa.

A completude da capitalização apenas se verifica quando os meios financeiros disponíveis do Fundo correspondam a pelo menos 1% dos montantes dos depósitos cobertos de todas as instituições participantes.

A intenção é que sejam utilizados apenas os recursos correspondentes ao comportamento de um determinado EM, na resposta às medidas de resolução aplicáveis às suas instituições financeiras, podendo-se recorrer aos meios financeiros disponíveis nos restantes compartimentos, em caso de insuficiência monetária no cumprimento da missão do Fundo¹⁴⁹. Em caso de insuficiência dos recursos de um compartimento, serão mobilizados os Fundos disponíveis em todos os compartimentos, ou em caso de insuficiência dos mesmos, a cobrança de contribuições extraordinárias junto das instituições dos EM onde se localizam a instituição em resolução.

Com base no exposto, pode-se concluir que o Fundo único de resolução só constituirá um verdadeiro mecanismo europeu de financiamento no nono ano após a sua entrada em funcionamento.

¹⁴⁸ Art.º 3.º, do Acordo sobre transferência dos Fundos cobrados a nível nacional para o Fundo, bem como sobre a fusão progressiva dos diferentes Fundos cobrados a nível nacional a atribuir aos compartimentos nacionais do Fundo.

¹⁴⁹ Tomando por exemplo um caso de uma resolução de um grupo transfronteiriço, são afetados os meios financeiros disponibilizados por ambos os compartimentos dos EM afetados.

8. CONCLUSÃO

1. A ausência de um mecanismo eficaz que permitisse, em caso de desequilíbrio económico de uma instituição financeira, recuperá-la ou, em caso de gravidade mais notória, liquidá-la, levou a que a União Europeia tomasse medidas nesse sentido, passando uma das soluções pela criação de um mecanismo de resolução e pela criação de um Fundo financiador das medidas a serem adotadas em sede do mecanismo referido.

2. A posição assumida pelo legislador português, tendo-se alinhado com as diretrizes europeias, foi a de criar um Fundo de Resolução, controlado e dirigido pelo BP, o qual seria financiado, em primeiro lugar, por contribuições criadas unicamente com o objetivo de o capitalizar, e em segundo lugar, pela contribuição extraordinária sobre o sector bancário, criada anteriormente com o objetivo de onerar o sector bancário pelos riscos associados à sua atividade, e cujas receitas se canalizaram, então, para financiar o Fundo.

3. Se por um lado, as contribuições para o Fundo (sejam a título inicial, periódico ou especial) por se caracterizarem conceptualmente por contribuição, na definição jurídica deste tributo, não levantam questões ademais quanto à sua criação e disposição legal, o mesmo não se pode afirmar quanto à CESB. As primeiras, foram legisladas com base nas indicações europeias, e continuamente atualizadas de acordo com as mesmas, permitindo, uma contínua conformação da legislação interna portuguesa em matéria de Fundos de resolução com o resto da Europa.

4. As contribuições para o FR traduzem-se, assim, num tributo suportado pelo sujeito passivo, como forma de se protegerem contra um eventual risco sistemático originado por uma outra instituição, e cujos efeitos poderiam induzir o colapso financeiro das restantes instituições. O benefício associado à contribuição traduz-se, na possibilidade de recurso a um Fundo exógeno à instituição em dificuldades, com vista a apoiar e a viabilizar a medida de resolução a adotar. Neste sentido, as contribuições para o Fundo afastam-se das características de um típico imposto: se por um lado, capitalizam o Fundo financiador das medidas de mitigação e contenção do risco resultante de uma entidade em grave desequilíbrio financeiro, por outro, atribuem um certo conforto às entidades participantes, uma vez que se uma delas entrar em colapso ou mostrar sinais

de inviabilidade financeira, podem contar com a intervenção do referido Fundo, protegendo o restante mercado, e permitindo a continuação do funcionamento das restantes entidades.

5. Questões diferentes advêm da análise da CESB, um tributo criado com propósito distinto daquele que posteriormente lhe veio a ser dado e cuja nomenclatura como contribuição, nos parece discutível. Ora, entendemos que a CESB, foi inicialmente pensada como sendo um encargo a suportar pelas instituições financeiras de modo a que estas suportem os efeitos da crise, contribuindo para evitar o colapso de outras instituições e do mercado financeiro como um todo.

6. Assim se consegue entender, que se o objetivo da CESB era tão só o de onerar determinada categoria de sujeitos com o objetivo de arrecadar receita fiscal, esta qualifica-se materialmente como imposto, cuja criação e desenvolvimento devem cumprir critérios mais rigorosos, de forma a salvaguardar a segurança jurídica dos contribuintes e do sistema.

7. Assim, a problemática da CESB já não se centra na nomenclatura que lhe foi atribuída, uma vez que as características do imposto materializam-se neste tributo de forma demasiado clara para considerar que a qualificação atribuída pelo legislador ao tributo define o conteúdo do mesmo.

8. À luz do princípio da legalidade, apesar da contribuição ter sido criada pelo órgão constitucionalmente competente para legislar em matéria fiscal (Assembleia da República, através da aprovação do Orçamento do Estado), do próprio diploma resulta a atribuição a órgão executivo da definição de parâmetros do imposto, como a base de incidência e a taxa. Neste sentido, os parâmetros considerados no art.º 104.º da CRP como essenciais do imposto, deveriam estar especificamente designados na Lei, de forma a que o sujeito passivo pode-se conformar a sua atuação tendo por base o legalmente definido, em cumprimento do princípio da legalidade

9. Porém, e uma vez que o legislador não definiu primeiramente os elementos essenciais da CESB, tendo remetido para diploma infra legal a definição das regras de cobrança e

liquidação do imposto, da base de incidência e da taxa, a CESB não poderá deixar de se considerar contrária à Constituição da República Portuguesa, por violação do princípio da legalidade disposto no art.º 103.º, n.º 2.

10. Com especial referência à não definição legal da taxa, não obstante o legislador ter atribuído um intervalo dentro do qual a portaria posterior deveria definir a concreta taxa a ser aplicável, entendemos que a margem atribuída ao Governo não respeita a razoabilidade e adequação que seriam exigidas, traduzindo-se numa certeza intolerável para o sujeito passivo, quanto ao efetivo valor de imposto que deverá suportar, juntamente com a incerteza dos elementos que constituirão a base tributável.

11. Mais se refere que, quanto à retroatividade, não poderá deixar de se exigir que a base de incidência da CESB só possa incidir sobre os elementos, neste caso, sobre os passivos, auferidos pelo sujeito passivo após a entrada em vigor da norma. Se a lei tributária dispusesse em contrário, permitindo os efeitos retroativos, prevendo a sujeição de imposto sobre passivos auferidos quando ela ainda não existia, estaria a permitir-se que o Estado impusesse determinadas consequências a uma realidade sem que os seus autores tivessem podido conformar a sua atuação de acordo com as novas regras.

12. Não obstante o referido e defendido, não podemos deixar de considerar que a contribuição extraordinária para o sector bancário, tal como estabelecido na legislação portuguesa em vigor, é eficaz na prossecução da sua finalidade. Contudo, está longe de ser a normal ideal à luz de certos princípios constitucionais aqui identificados. Desde a sua criação, que este tributo restringe direitos fundamentais dos sujeitos passivos, sendo confrontados com um tributo retroativo, cuja regulação dos elementos se encontra espelhada em diplomas infra legais.

13. Bem assim, tanto a CESB como as restantes contribuições direcionadas para o Fundo, têm sido devidamente canalizadas para os objetivos que lhe foram propostos, salvaguardando, não de forma perfeita como se desejaria, o erário público, as expetativas dos contribuintes e depositantes e o mercado financeiro.

14. Quanto ao futuro do Fundo e correspondentes contribuições, a tendência é a uniformização nos mesmos ao nível da União Europeia. O objetivo é a absoluta equiparação de todas as instituições de crédito europeias, independente do país onde se encontram sediadas ou onde desenvolvem a sua atividade. Esta equiparação apenas se revela possível com a uniformização dos quadros normativos nacionais, a criação de uma autoridade única de regularização para todo o espaço europeu, com recurso a financiamento se entidades nele situadas, e com acesso a soluções de financiamento de última instância por utilização de Fundos provenientes dos EM, de forma conjunta.

15. A criação de um Fundo Único europeu e as conseqüentes mudanças legislativas, vêm, evitar que uma instituição de crédito fique à mercê da capacidade financeira existente em cada EM, do funcionamento dos mecanismos destes e respetivo financiamento existente para as medidas de resolução. Assim, o que se visa é que cada Fundo fique dependente de um mecanismo de decisão europeu, suscetível de exercer as suas atribuições com relativa independência, mas sem anular a influência e vontade dos EM, e de um mecanismo de financiamento relativamente comum, embora apenas o seja totalmente após um período de 8 anos.

16. De qualquer das formas, a competência para cobrança das contribuições aqui discutidas continua a ser atribuída a cada um dos EM. Na verdade, as questões anteriormente invocadas, especialmente quanto à CESB, continuam a ter expressão na realidade portuguesa, sem previsões de alteração ou correção dos problemas sistémicos enunciados, prevendo-se a sua durabilidade e caracterização tendencialmente semelhante. Ainda assim, somos a aceitar que, não obstante o seu pleno funcionamento face aos objetivos da sua criação, fazer incidir a uma contribuição extraordinária apenas sobre o sector bancário, nos parâmetros atuais, com vista a aumentar o esforço de consolidação orçamental para as instituições de sector, deve conceber-se como inconstitucional por desrespeito dos princípios constitucionais da legalidade e da não retroatividade presentes na Constituição da República Portuguesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANA PAULA DOURADO, "Direito Fiscal", 1.ª ed., Almedina, 2015

FELÍCIA MACEDO, "Contribuição extraordinária sobre o sector bancário", *in* Vida Económica, publicado a 15 de abril de 2011

COMISSÃO EUROPEIA, "*Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*", Março de 2011

DIOGO LEITE CAMPOS, BENJAMIM SILVA RODRIGUES E JORGE LOPES DE SOUSA, "Lei Geral Tributária, Anotada e Comentada", 4.ª ed., Escrita Editora, 2012

JOÃO FREITAS, "*Um mecanismo de resolução para a União Bancária: fundamentos e configuração*", Publicações do Banco de Portugal, 2014

JOÃO RAMOS DE ALMEIDA, "*Contribuição sobre a banca arrisca-se a ser inconstitucional*", *in* Público, publicação de 8 de janeiro de 2011

JOÃO RICARDO CATARINO E VASCO BRANCO GUIMARÃES, "Lições de Fiscalidade", Vol. I, 3ª ed., Almedina, 2015

JOÃO RODRIGUES, "Sistema de Normalização Contabilística Explicado", 4ª ed., Porto Editora

JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, "Constituição da República Portuguesa Anotada", Tomo II, Coimbra Editora, 2006

JOSÉ ANTUNES RIBEIRO, "Lei Geral tributária (comentada e anotada) e Legislação Complementar", 1.ª ed., Quid Juris Sociedade Editora, 2003

JOSÉ CASALTA NABAIS, "Direito Fiscal", 6.ª ed., Almedina, 2010

JOSÉ CASALTA NABAIS, "Introdução ao Direito Fiscal das empresas", 2.^a ed., Almedina, 2015

JOSÉ CASALTA NABAIS, "Por um Estado Fiscal Suportável", 1.^a ed., Almedina, Maio, 2005

J.L.SALDANHA SANCHES, "Manual de Direito Fiscal", 3.^a ed., Coimbra Editora, 2007

L. MIGUEL PESTANA VASCONCELOS, "I Congresso de Direito Bancário", 1.^a ed., Almedina, 2015

MANUEL FAUSTINO, "*Retroactividade, Retrospectividade e alguma serenidade*", *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 3, n.º 3, Outubro

MANUEL FREITAS PEREIRA, "Fiscalidade", 5.^a ed., Almedina, 2014

MANUELA DURO TEIXEIRA, "*A Tributação da Banca em Tempos de Crise*", *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 4, n.º 1, Primavera

MARIA CELESTE CARDONA, "*Contribuição Extraordinária sobre o Sector Bancário*", *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 4, n.º 1, Primavera

PRICEWATERHOUSECOOPERS, "Colectânia Tributária Anotada", Texto, 2015

SÉRGIO VASQUES, "*Manual de Direito Fiscal*", 1.^a ed., Almedina, 2011