



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 19 de novembro de 2020¹

Processo C-504/19

**Banco de Portugal,
Fondo de Resolución,
Novo Banco SA
contra
VR**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha)]

«Reenvio prejudicial — Supervisão bancária — Saneamento e liquidação de instituições de crédito — Diretiva 2001/24/CE — Medida de saneamento adotada por uma autoridade administrativa do Estado-Membro de origem de uma instituição de crédito — Transferência de direitos, ativos ou passivos para uma instituição de transição — Retransmissão para a instituição de crédito em liquidação — Artigo 3.º, n.º 2 — Efeitos das medidas de saneamento noutros Estados-Membros — Artigo 32.º — Efeitos das medidas de saneamento sobre um processo pendente — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Artigo 47.º — Efetividade da proteção jurisdicional — Princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima — Diretiva 2014/59/UE — Aplicação no tempo»

I. Introdução

1. Quando um banco declara a insolvência, as suas funções críticas podem, em certas circunstâncias, deixar de ser mantidas. Dado que isso pode implicar graves consequências tanto para os depositantes como para a economia real, há um interesse económico global em evitar a insolvência dos bancos e, em vez disso, adotar medidas de saneamento ou de resolução ordenada².

2. Embora muitos bancos pertençam a grupos empresariais que operam ao nível internacional, até à adoção da Diretiva 2014/59 (a seguir «Diretiva 2014/59»)³ as autoridades nacionais de supervisão não dispunham a este respeito de um conjunto de instrumentos uniformes. O direito da União nesta matéria limitava-se antes às disposições da Diretiva 2001/24⁴, segundo as quais as medidas de saneamento e liquidação previstas no direito nacional dos Estados-Membros devem, em princípio, ser reconhecidas nos outros Estados-Membros sem qualquer formalidade.

1 Língua original: alemão.

2 V. ficha informativa (*Fact Sheet*) da Comissão, de 15 de abril de 2014, relativa à designada *Bank Recovery and Resolution Directive*, abreviadamente «Diretiva 2014/59» (v. referência na nota 3), MEMO/14/297.

3 Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento (JO 2014, L 173, p. 190).

4 Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de abril de 2001, relativa ao saneamento e à liquidação das instituições de crédito (JO 2001, L 125, p. 15).

3. Um dos instrumentos de recuperação e resolução ordenada de bancos, que tanto o direito português como agora a Diretiva 2014/59 preveem, é a criação de uma denominada instituição de transição. São transferidas para esta instituição de transição todas as áreas de negócio sãs do banco em dificuldade, para estabilizar o negócio existente e proteger os depositantes. O «banco mau» («Bad Bank») daí resultante é, em seguida, objeto de resolução ordenada.

4. Na origem do processo principal esteve o risco de insolvência iminente do anteriormente segundo maior banco português, o Banco Espírito Santo (a seguir «BES») no ano de 2014. Nesse contexto, o banco central português e então autoridade de supervisão, Banco de Portugal, criou uma instituição de transição com o nome de Novo Banco e transferiu para este, em agosto de 2014, todas as áreas de negócio sãs do BES. Os chamados «passivos tóxicos» ficaram no património do BES e das suas filiais/sucursais, convertendo-se estes no «banco mau».

5. A demandante no processo principal (a seguir «demandante») era inicialmente investidora da sucursal espanhola do BES. As relações contratuais foram, no entanto, prosseguidas a partir de agosto de 2014 pelo Novo Banco Espanha. Depois de a demandante ter intentado uma ação contra o Novo Banco Espanha para declaração da nulidade do contrato em causa em virtude do aconselhamento deficiente prestado pelo BES na realização do seu investimento, o Banco de Portugal decidiu que determinadas obrigações — entre as quais a responsabilidade do BES decorrente da celebração do contrato de investimento da demandante — fossem transferidas de novo para o BES com efeitos retroativos.

6. O presente pedido de decisão prejudicial gira agora em torno da questão de saber se esta decisão tem de ser, por força da Diretiva 2001/24, reconhecida sem qualquer formalidade pelos tribunais espanhóis, tendo em conta que este reconhecimento implicaria a improcedência da ação da demandante contra o Novo Banco Espanha. No entender do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha), o órgão jurisdicional de reenvio, este resultado poderia violar designadamente os princípios da proteção jurisdicional efetiva e da segurança jurídica. Esta situação reveste um caráter especialmente explosivo pelo facto de, por esta via, o órgão jurisdicional de reenvio pôr implicitamente em causa a validade da obrigação de reconhecimento incondicional das medidas de resolução ao abrigo da Diretiva 2001/24.

II. Quadro jurídico

A. Diretiva 2001/24

7. Os considerandos 6, 23 e 30 da Diretiva 2001/24 têm a seguinte redação:

«(6) Convém confiar às autoridades administrativas ou judiciais do Estado-Membro de origem a competência exclusiva para decidir e aplicar as medidas de saneamento previstas na legislação e nos usos em vigor nesse Estado-Membro; dada a dificuldade em harmonizar as legislações e usos dos Estados-Membros, torna-se necessário recorrer ao reconhecimento mútuo, pelos Estados-Membros, das medidas adotadas por cada um deles para restabelecer a viabilidade das instituições por eles autorizadas.

[...]

(23) Se é importante reconhecer o princípio segundo o qual a lei do Estado-Membro de origem determina todos os efeitos das medidas de saneamento ou dos processos de liquidação, sejam eles processuais ou materiais, deve-se, no entanto, tomar em consideração que esses efeitos podem entrar em conflito com as regras normalmente aplicáveis no âmbito da atividade

económica e financeira da instituição de crédito e das suas sucursais nos outros Estados-Membros. O reenvio para a lei de outro Estado-Membro constitui, em certos casos, uma atenuação indispensável do princípio da aplicabilidade da lei do Estado de origem.

[...]

(30) Os efeitos das medidas de saneamento e dos processos de liquidação sobre ações pendentes são, por exceção à aplicação da *lex concursus*, regulados pela lei do Estado-Membro da instância. Segundo a norma geral estabelecida na presente diretiva, os efeitos dessas medidas e processos sobre cada execução decorrente das referidas ações são regulados pela legislação do Estado-Membro de origem.»

8. O artigo 2.º da Diretiva 2001/24 define o conceito de «Medidas de saneamento» como medidas destinadas a «preservar ou restabelecer a situação financeira de uma instituição de crédito ou de uma empresa de investimento [...] suscetíveis de afetar direitos preexistentes de terceiros, incluindo medidas que impliquem a possibilidade de suspensão de pagamentos, suspensão de medidas de execução ou redução dos créditos; estas medidas incluem a aplicação dos instrumentos de resolução e o exercício dos poderes de resolução previstos na Diretiva 2014/59/UE».

9. O artigo 3.º da Diretiva 2001/24, sob a epígrafe «Adoção de medidas de saneamento — lei aplicável», determina:

«1. Só as autoridades administrativas ou judiciais do Estado-Membro de origem têm competência para determinar a aplicação, numa instituição de crédito, inclusivamente em relação às sucursais estabelecidas noutros Estados-Membros, de uma ou mais medidas de saneamento.

2. Salvo disposição em contrário da presente diretiva, as medidas de saneamento são aplicadas de acordo com as leis, regulamentos e procedimentos aplicáveis no Estado-Membro de origem.

As referidas medidas produzem todos os seus efeitos de acordo com a legislação desse Estado-Membro, em toda a Comunidade, sem nenhuma outra formalidade, inclusivamente em relação a terceiros nos outros Estados-Membros, mesmo que as normas do Estado-Membro de acolhimento que lhes sejam aplicáveis não prevejam tais medidas ou sujeitem a sua aplicação a condições que não se encontrem preenchidas.

As medidas de saneamento produzirão os seus efeitos em toda a Comunidade logo que produzam os seus efeitos no Estado-Membro em que foram tomadas.»

10. O artigo 6.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 2001/24 regula a obrigação de publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* das decisões relativas a medidas de saneamento suscetíveis de afetar os direitos de terceiros num Estado-Membro de acolhimento e que sejam passíveis de recurso no Estado-Membro de origem. Os n.ºs 4 e 5 deste artigo dispõem o seguinte:

«4. O extrato da decisão a publicar deve mencionar, na ou nas línguas oficiais dos Estados-Membros em causa, designadamente, o objeto e o fundamento jurídico da decisão tomada, os prazos de recurso, em particular e de forma facilmente compreensível o termo desses prazos e, de forma precisa, o endereço das autoridades ou do órgão jurisdicional competentes para conhecer do recurso.

5. As medidas de saneamento são aplicáveis independentemente das medidas previstas nos n.ºs 1 a 3 e produzem todos os seus efeitos em relação aos credores, salvo disposição em contrário das autoridades administrativas ou judiciais do Estado-Membro de origem ou da legislação desse Estado relativa a essas medidas.»

11. Em contrapartida, o artigo 32.º da Diretiva 2001/24 prevê o seguinte:

«Os efeitos de medidas de saneamento ou de um processo de liquidação sobre um processo pendente relativo a um bem ou direito de que a instituição de crédito tenha sido privada regulam-se exclusivamente pela lei do Estado-Membro em que se encontra pendente o processo.»

B. Diretiva 2014/59

12. Os considerandos 4, 5 e 59 da Diretiva 2014/59 dispõem, resumidamente, o seguinte:

- «(4) Atualmente, não existe a nível da União uma harmonização dos processos de resolução das instituições. Alguns Estados-Membros aplicam às instituições os mesmos procedimentos que aplicam a outras empresas insolventes, por vezes com adaptações em função do tipo de instituições em causa. Existem diferenças procedimentais e de substância consideráveis entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regulam a insolvência das instituições nos Estados-Membros. Além disso, a crise financeira mostrou que os processos de insolvência aplicáveis às empresas em termos gerais poderão nem sempre ser os mais apropriados para as instituições, uma vez que nem sempre poderão garantir uma rapidez de intervenção suficiente, a continuidade das funções críticas das instituições e a preservação da estabilidade financeira.
- (5) Por conseguinte, é necessário um regime que ponha à disposição das autoridades um conjunto credível de instrumentos para uma intervenção suficientemente precoce e rápida nas instituições em situação precária ou de insolvência, de modo a garantir a continuidade das suas funções financeiras e económicas críticas, minimizando o impacto da situação de insolvência de uma instituição sobre o sistema económico e financeiro. Esse regime deverá assegurar que os acionistas sejam os primeiros a suportar as perdas e que os credores suportem as perdas a seguir aos acionistas [...]
- (59) Os instrumentos de resolução deverão incluir a alienação de atividades ou de ações da instituição objeto de resolução, a criação de uma instituição de transição, a separação entre os ativos da instituição em situação de insolvência que têm um bom desempenho e os que se encontram em imparidade ou cujo desempenho é fraco, e a recapitalização interna (*bail-in*) dos acionistas e credores da instituição em situação de insolvência.»

13. O artigo 40.º da Diretiva 2014/59 regula o «instrumento de criação de uma instituição de transição»:

«1. A fim de aplicar o instrumento de criação de uma instituição de transição, e tendo em atenção a necessidade de manter funções críticas na instituição de transição, os Estados-Membros asseguram que as autoridades de resolução tenham poderes para transferir para uma instituição de transição:

- a) Ações ou outros instrumentos de propriedade emitidos por uma ou mais instituições objeto de resolução;
- b) A totalidade ou parte dos ativos, direitos ou passivos de uma ou mais instituições objeto de resolução.

Sob reserva do artigo 85.º, a transferência referida no primeiro parágrafo pode ser efetuada sem obter a aprovação dos acionistas das instituições objeto de resolução ou de qualquer parte terceira para além da instituição de transição, e sem cumprir os requisitos procedimentais ao abrigo do direito das sociedades ou da legislação relativa aos valores mobiliários.

[...]

7. As autoridades de resolução podem voltar a transferir ações ou outros instrumentos de propriedade ou ativos, direitos ou passivos da instituição de transição numa das seguintes circunstâncias:

- a) A possibilidade de voltar a transferir determinadas ações ou outros instrumentos de propriedade, ativos, direitos ou passivos está expressamente prevista no meio pelo qual a transferência foi efetuada;
- b) As ações ou outros instrumentos de propriedade, ativos, direitos ou passivos em causa não se inserem de facto no âmbito das categorias, ou não cumprem as condições previstas para a transferência de ações ou de outros instrumentos de propriedade, ativos, direitos ou passivos especificados no meio pelo qual a transferência foi efetuada.

Essa devolução pode ser efetuada em qualquer momento e deve cumprir todas as outras condições estabelecidas nesse meio para os devidos efeitos.

8. As transferências entre a instituição objeto de resolução, ou os titulares iniciais de ações ou de outros instrumentos de propriedade, por um lado, e a instituição de transição, por outro, estão sujeit[a]s às salvaguardas referidas no título IV, capítulo VII.»

14. As salvaguardas do título IV, capítulo VII, compreendem os artigos 73.º a 80.º da Diretiva 2014/59.

15. O artigo 83.º da Diretiva 2014/59, com a epígrafe «Obrigações procedimentais das autoridades de resolução», prevê:

«[...]

2. As autoridades de resolução notificam a instituição objeto de resolução e as seguintes autoridades, caso sejam diferentes:

- a) A autoridade competente para a instituição objeto de resolução;
- b) A autoridade competente para as sucursais da instituição objeto de resolução;

[...]

4. As autoridades de resolução publicam ou garantem a publicação de uma cópia da decisão ou do instrumento pelo qual são tomadas as medidas de resolução ou de um aviso que resuma os efeitos das medidas de resolução e, em particular, os efeitos para os clientes de retalho e, se for caso disso, os termos e o período da suspensão ou restrição previstos nos artigos 69.º, 70.º e 71.º, pelos seguintes meios:

- a) No seu sítio Web oficial;

[...]

- c) No sítio Web da instituição objeto de resolução; [...]]»

16. O artigo 131.º da Diretiva 2014/59 determina que a mesma entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*, em 12 de junho de 2014. Nos termos do artigo 130.º da Diretiva 2014/59, os Estados-Membros adotam e publicam, até 31 de dezembro de 2014, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva e aplicam essas disposições a partir de 1 de janeiro de 2015.

III. Matéria de facto e tramitação no processo principal

17. Em 10 de janeiro de 2008, a demandante no processo principal celebrou, nas instalações do Banco Espírito Santo S.A. Sucursal en España (a seguir «BES Espanha»), em Bilbao, um contrato para aquisição de ações preferenciais do Kaupthing Bank⁵, pelas quais pagou o montante de 166 021 euros.

18. Depois de o BES ter entrado numa grave crise, o banco central português, Banco de Portugal, ordenou, na qualidade de autoridade de supervisão, a resolução do BES por Decisão de 3 de agosto de 2014, que foi alterada pela Decisão de 11 de agosto de 2014 (a seguir «decisão de agosto de 2014»). Para o efeito, foi criado pela referida decisão um banco de transição, o Novo Banco, S.A. (a seguir «Novo Banco»). Foi transferida para este banco uma parte da atividade comercial do BES, recebendo o Novo Banco os ativos, passivos e outros elementos extrapatrimoniais descritos no anexo 2 da mesma decisão. Foram excluídas da transferência, em especial, «[q]uaisquer responsabilidades ou contingências, nomeadamente as decorrentes de fraude ou violação de disposições ou determinações regulatórias, penais ou contraordenacionais».

19. Posteriormente, o BES Espanha passou a ser a sucursal do Novo Banco em Espanha. Esta manteve as relações comerciais com a demandante, assegurando a custódia e a gestão dos títulos e recebendo em contrapartida a comissão contratualmente prevista.

20. Em 4 de fevereiro de 2015, a demandante intentou uma ação contra o Novo Banco Espanha, pedindo a declaração da nulidade da ordem de compra das ações preferenciais do Kaupthing Bank por vício de consentimento e a condenação do Novo Banco Espanha no reembolso do preço da compra no montante de 166 021 euros. A título subsidiário, pedia a declaração da resolução do referido contrato por incumprimento pelo BES dos seus deveres de diligência, lealdade e informação e a condenação do Novo Banco Espanha a pagar o mesmo montante a título de indemnização dos prejuízos. O Novo Banco Espanha contestou a ação alegando a falta de legitimidade passiva, na medida em que a responsabilidade imputada constituía um passivo que não lhe tinha sido transferido pela decisão do Banco de Portugal de agosto de 2014.

21. Por Sentença de 15 de outubro de 2015, o Juzgado de Primera Instancia de Vitoria (Tribunal de Primeira Instância de Vitoria, Espanha) julgou a ação procedente, por entender que o passivo objeto do litígio estava abrangido pela transferência. Considerou que tinha existido um vício de consentimento, dado que a demandante, que à data do contrato tinha 68 anos e não dispunha de formação financeira, não tinha sido informada de forma adequada pelo BES sobre a natureza e os riscos das ações preferenciais que tinha adquirido. Por conseguinte, o referido tribunal declarou a nulidade do contrato e condenou o Novo Banco Espanha a reembolsar à demandante o preço total da compra.

22. No recurso que interpôs, o Novo Banco Espanha apresentou duas decisões do Banco de Portugal de 29 de dezembro de 2015 (a seguir «decisão de dezembro de 2015»), segundo as quais as seguintes responsabilidades não eram transferidas para o Novo Banco:

«Quaisquer obrigações, garantias, responsabilidades ou contingências assumidas na comercialização, intermediação financeira, processo de contratação e distribuição de instrumentos financeiros emitidos por quaisquer entidades [...]»

23. Adicionalmente, as referidas decisões dispunham, em particular, que constituíam passivos do BES que não tinham sido transferidos para o Novo Banco «[t]odas as indemnizações relacionadas com o incumprimento de contratos [...] celebrados antes [...] do dia 3 de agosto de 2014», «[t]odas as indemnizações e créditos resultantes de anulação de operações realizadas pelo BES enquanto

⁵ O Kaupthing Bank era então o maior banco da Islândia e tinha sido colocado sob o controlo do Estado, em 9 de outubro de 2008, no contexto da crise financeira. Em 31 de outubro de 2008, a autoridade de supervisão islandesa declarou a insolvência do Kaupthing Bank.

prestador de serviços financeiros e de investimento», assim como «[q]ualquer responsabilidade que seja objeto de qualquer dos processos descritos no anexo 1». Este anexo refere-se a uma série de processos judiciais pendentes em vários Estados, entre os quais o instaurado em Espanha pela demandante. Por último, a decisão de dezembro de 2015 dispõe que:

«Na medida em que qualquer ativo, passivo ou elemento extrapatrimonial [...] devesse ter permanecido na esfera jurídica do BES mas que foram, de facto, transferidos para o Novo Banco, são, pela presente, os referidos ativos, passivos ou elementos extrapatrimoniais retransmitidos do Novo Banco para o BES, com efeitos a 3 de agosto de 2014.»

24. O Novo Banco Espanha interpôs recurso com fundamento na falta de legitimidade passiva, ao qual foi, no entanto, negado provimento pelo tribunal de recurso, que confirmou integralmente a decisão do tribunal de primeira instância. O Novo Banco Espanha interpôs um recurso extraordinário deste acórdão por violação de normas processuais e um recurso de cassação no órgão jurisdicional de reenvio.

IV. Decisão de reenvio e tramitação processual no Tribunal de Justiça

25. Por Decisão de 25 de junho de 2019, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 2 de julho de 2019, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«É compatível com o direito fundamental à ação, previsto no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o princípio do Estado de direito, previsto no artigo 2.º do Tratado da União Europeia, e o princípio geral da segurança jurídica uma interpretação do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/24/CE que implique, nos processos judiciais pendentes noutros Estados-Membros, sem nenhuma outra formalidade, o reconhecimento de efeitos a uma decisão da autoridade administrativa competente do Estado de origem que visa alterar, com efeitos retroativos, o quadro jurídico aplicável no momento em que se iniciou o litígio e que implique privar de eficácia as decisões judiciais que não sejam conformes com o disposto na referida decisão?»

26. Relativamente a esta questão, apresentaram observações escritas o Banco de Portugal e o Fondo de Resolución, o Novo Banco, a República Portuguesa, a República Italiana, o Reino de Espanha, a Comissão Europeia, o Conselho da União Europeia e o Parlamento Europeu. Com exceção da República Italiana, todas as partes estiveram representadas na audiência realizada em 30 de setembro de 2020.

V. Apreciação jurídica

A. Observações preliminares

27. No entender do Banco de Portugal, do Novo Banco e do Governo português, a responsabilidade invocada pela demandante no processo principal nunca foi transferida para o Novo Banco. Com efeito, quaisquer responsabilidades do BES «decorrentes de fraude ou violação de disposições ou determinações regulatórias, penais ou contraordenacionais», não foram, segundo o anexo 2 da decisão de agosto de 2014, transferidas para o Novo Banco. Por conseguinte, nem sequer se coloca a questão da sua retransmissão para o BES pela decisão de dezembro de 2015 ou dos seus efeitos sobre o litígio pendente.

28. A este respeito, basta referir que a questão de saber se a responsabilidade invocada pela demandante no processo principal é uma responsabilidade «decorrente de fraude ou violação de disposições ou determinações regulamentares, penais ou contraordenacionais», exige uma apreciação jurídica que, de acordo com a distribuição de funções entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça no quadro do pedido de decisão prejudicial, compete exclusivamente ao órgão jurisdicional de reenvio. Segundo jurisprudência constante, é este órgão jurisdicional que define, sob sua responsabilidade, o quadro regulamentar e factual, cuja exatidão não compete ao Tribunal de Justiça verificar⁶.

29. Assim, na resposta à questão submetida, há que considerar, de acordo com a exposição feita pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), que a responsabilidade decorrente da informação incorreta dada à demandante foi transferida num primeiro tempo para o Novo Banco pela decisão do Banco de Portugal de agosto de 2014. Só através de uma outra decisão do Banco de Portugal de dezembro de 2015 — e, portanto, após a propositura da ação em fevereiro de 2015 e após a prolação da sentença da primeira instância em outubro de 2015 — essa responsabilidade foi de novo transferida para o BES Espanha, com efeitos retroativos a 3 de agosto de 2014.

30. Por força da obrigação de reconhecimento desta situação jurídica material, prevista, em princípio, no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/24, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) vê-se confrontado com um problema de proteção jurisdicional e de segurança jurídica. Segundo a sua exposição, dever-se-ia nestas circunstâncias revogar as sentenças das instâncias inferiores e julgar o pedido improcedente em sede de recurso, apesar de estas sentenças não padecerem — em todo o caso à luz da legislação então vigente — de nenhum erro de direito.

31. A sua questão prejudicial parte indubitavelmente do pressuposto de que é aplicável ao presente processo o princípio estabelecido no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/24, segundo o qual as medidas de saneamento são aplicadas de acordo com as leis aplicáveis no Estado-Membro de origem e «produzem todos os seus efeitos de acordo com a legislação desse Estado-Membro, em toda a [União], sem nenhuma outra formalidade, [...] mesmo que as normas do Estado-Membro de acolhimento [...] não prevejam tais medidas ou sujeitem a sua aplicação a condições que não se encontrem preenchidas». Noutros termos, o problema descrito não se colocaria — o que foi referido por quase todas as partes no processo no Tribunal de Justiça — se o órgão jurisdicional de reenvio não tivesse sequer que reconhecer, no caso concreto, a retransmissão da responsabilidade para o BES.

32. No entender dos Governos espanhol e italiano, bem como da Comissão, do Conselho e do Parlamento, poderia chegar-se a esta conclusão aplicando ao processo principal o artigo 32.º da Diretiva 2001/24. De acordo com este artigo, «[o]s efeitos de medidas de saneamento ou de um processo de liquidação sobre um processo pendente relativo a um bem ou direito de que a instituição de crédito tenha sido privada regulam-se exclusivamente pela lei do Estado-Membro em que se encontra pendente o processo».

33. Em consequência, deve-se averiguar, em primeiro lugar, se o artigo 32.º da Diretiva 2001/24 é aplicável ao presente litígio e se a sua aplicação implica efetivamente que a decisão do Banco de Portugal de dezembro de 2015 não produza quaisquer efeitos no processo principal (v., a este respeito, a parte B, *infra*). No caso de resposta negativa, há então que esclarecer se o órgão jurisdicional de reenvio pode fazer depender o reconhecimento da decisão da condição de esta respeitar os princípios da segurança jurídica e da proteção jurisdicional efetiva (v., a este respeito, a parte C, *infra*). Por último, resta apreciar se, em si mesmo, o reconhecimento da decisão nas circunstâncias especiais do processo principal implica uma violação destes princípios (v., a este respeito, a parte D, *infra*).

⁶ V., neste sentido, Acórdãos de 12 de outubro de 2010, Rosenbladt (C-45/09, EU:C:2010:601, n.º 33), de 31 de janeiro de 2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, n.º 56), e de 13 de junho de 2018, Deutscher Naturschutzring (C-683/16, EU:C:2018:433, n.º 29).

B. Aplicabilidade e possíveis consequências jurídicas do artigo 32.º da Diretiva 2001/24 no processo principal

34. É certo que se verificam os pressupostos de facto do artigo 32.º da Diretiva 2001/24. No entanto, a aplicação desta disposição não implica que a retransmissão da responsabilidade para o BES não produza quaisquer efeitos no processo principal. Foi provavelmente por esta razão que o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) não incluiu expressamente esta disposição na sua questão prejudicial.

1. Aplicabilidade do artigo 32.º da Diretiva 2001/24 no processo principal

35. Os pressupostos de facto do artigo 32.º da Diretiva 2001/24 estão preenchidos no caso vertente.

36. Assim, a retransmissão da responsabilidade para o BES é, em primeiro lugar, uma «medida de saneamento» na aceção do artigo 2.º da Diretiva 2001/24, dado que a mesma se destina a restabelecer ou preservar a situação financeira do BES, de modo que seja garantido o normal funcionamento da instituição de transição.

37. Uma instituição de transição não deve precisamente assumir as perdas e danos do banco que caiu em dificuldades, devendo antes de mais garantir a proteção dos depositantes⁷. Que a retransmissão da responsabilidade constitui conceptualmente uma medida de saneamento é confirmado pelo artigo 40.º da Diretiva 2014/59, que, no seu n.º 1, alínea b), e no n.º 7, prevê expressamente que a transferência da «totalidade [...] dos ativos, direitos ou passivos» e a respetiva retransmissão podem fazer parte da medida de resolução de «criação de uma instituição de transição». O artigo 2.º da Diretiva 2001/24 prevê, por seu turno, que todas as medidas de saneamento previstas na Diretiva 2014/59 devem ser consideradas medidas de saneamento na aceção da Diretiva 2001/24.

38. Em segundo lugar, a medida refere-se a um «direito ou a um bem». Este requisito que, em muitas versões linguísticas da diretiva foi redigido da forma mais ampla possível⁸, deve, em rigor, incluir todos os objetos passíveis de medidas de saneamento que possam, eventualmente, ser abrangidos por um litígio. Em especial, devem estar igualmente ali abrangidos os direitos (pré) contratuais ou extracontratuais da ou contra a instituição de crédito em resolução, já que estes direitos podem precisamente ser objeto de uma transferência para outras entidades⁹. Porém, quando na pendência de um processo, muda o titular de um direito, de um crédito, de uma obrigação ou de outro bem, torna-se necessário o disposto no artigo 32.º da Diretiva 2001/24¹⁰.

39. Em terceiro lugar, o processo principal deve ser entendido como um «processo pendente» na aceção desta disposição, porque é abrangido por este conceito qualquer processo principal que já estivesse pendente no momento em que foi adotada a medida controvertida¹¹. A este respeito, apenas se pode tomar como base a apresentação do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), segundo a qual a decisão do Banco de Portugal de dezembro de 2015 — adotada num momento em que o processo principal já estava incontestavelmente pendente — alterou retroativamente a situação jurídica. O facto de já ter sido proferida uma sentença em primeira instância não exclui a pendência enquanto o processo não transitar em julgado.

7 Os depósitos de ações como o da demandante não estão, aliás, abrangidos pela garantia de depósitos, uma vez que esta apenas cobre os saldos credores resultantes de fundos existentes numa conta. V. artigo 2.º, n.º 1, ponto 3, da Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativa aos sistemas de garantia de depósitos (JO 2014, L 173, p. 149).

8 O conceito alemão de *Vermögensgegenstand*, tal como a variante inglesa *assets* ou, por exemplo, o conceito polaco *aktyw[a]*, pode abranger qualquer posição jurídica patrimonial.

9 Por exemplo, uma instituição de transição ou outra instituição de crédito que adquira, por via de cessão, determinadas áreas de negócio da instituição de crédito em dificuldades.

10 V., igualmente a este respeito, n.ºs 43 e segs. das presentes conclusões.

11 V., a este respeito, Acórdão de 24 de outubro de 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, n.º 54).

40. No entanto, o artigo 32.º da Diretiva 2001/24 não prevê diretamente que, verificando-se os seus pressupostos de facto — ou seja, em especial, sempre que haja um processo pendente num Estado-Membro — uma medida de saneamento neste Estado-Membro não produza *per se* quaisquer efeitos ou não deva ser reconhecida. Esta disposição determina antes que os efeitos da medida de saneamento num processo pendente se regulam exclusivamente pela lei do Estado-Membro em que se encontra pendente o processo.

41. Por conseguinte, no processo principal, só se poderia chegar à conclusão de que a retransmissão dos passivos para o BES não deveria ser tida em consideração perante duas condições adicionais: em primeiro lugar, a remissão para o direito espanhol por força do artigo 32.º da Diretiva 2001/24 devia ser entendida no sentido de que a questão de saber se uma medida produz sequer efeitos a este respeito — ou seja, a apreciação da sua validade para os fins do litígio — se rege pelo direito do Estado-Membro de acolhimento. Em segundo lugar, a retransmissão deveria ser inválida à luz do direito espanhol¹².

42. Entendo, porém, que a remissão do artigo 32.º da Diretiva 2001/24 para o direito do Estado-Membro de acolhimento se limita exclusivamente aos efeitos processuais de uma medida de saneamento sobre um processo pendente¹³ e, por isso, não pode afetar os efeitos materiais da retransmissão.

2. Quanto ao alcance da remissão do artigo 32.º da Diretiva 2001/24 para a «lei do Estado-Membro em que se encontra pendente o processo»

43. À primeira vista, poder-se-ia entender que os «efeitos sobre o processo» incluem a sua solução quanto ao mérito. No entanto, o contexto legal e a finalidade do artigo 32.º da Diretiva 2001/24, em especial, mostram que esta disposição não deve ser entendida neste sentido.

44. Em primeiro lugar — ao contrário do que entendem algumas das partes — esta disposição não tem subjacente a ideia de que a solução de um litígio já pendente não pode ser influenciada por acontecimentos posteriores por razões de segurança jurídica. Com efeito, por um lado, não se pode aceitar que a tomada em consideração de factos posteriores a uma situação de pendência implique, de modo geral, uma violação do princípio da segurança jurídica. Por outro lado, o artigo 32.º da Diretiva 2001/24 deveria então prever simplesmente que uma medida de saneamento estrangeira não tem quaisquer efeitos sobre um processo pendente, pelo que este não é afetado por essa medida. Pois não é assim. Esta disposição estabelece antes que os efeitos sobre o processo pendente se regem pela lei do Estado-Membro de acolhimento. Mas a medida de saneamento em causa também poderia ser legítima de acordo com a lei desse Estado-Membro de acolhimento. Nesse caso, a solução do processo já pendente poderia, em determinadas circunstâncias, ser alterada por um acontecimento posterior, apesar da aplicação do artigo 32.º

45. Por outras palavras, o artigo 32.º da Diretiva 2001/24 não implica, ainda que interpretado em sentido amplo, desde logo de acordo com o seu teor, um «privilégio» automático em favor dos credores que já tenham intentado uma ação judicial. Além disso, de resto, a Diretiva 2001/24 também não fornece quaisquer elementos para se considerar que esses credores devem ser privilegiados.

¹² Em todo o caso, o órgão jurisdicional de reenvio parece considerar implicitamente que assim é.

¹³ V., igualmente neste sentido, Conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón no processo LBI (C-85/12, EU:C:2013:352, n.ºs 86 e segs.).

46. Em segundo lugar, não é claro por que razão precisamente um processo judicial pendente deva justificar que todos os efeitos de uma medida de saneamento sejam apreciados à luz da lei do Estado-Membro de acolhimento. Tal entendimento do artigo 32.º constituiria uma violação especialmente abrangente do princípio orientador fundamental da Diretiva 2001/24, segundo o qual todos os efeitos de uma medida de saneamento ou de liquidação se regem pela *lex concursus*, não correspondendo assim à sistemática da diretiva¹⁴.

47. A título de comparação, remete-se para as normas dos artigos 20.º a 27.º da Diretiva 2001/24. Também estas disposições preveem derrogações ao princípio da aplicação da *lex concursus*. Todavia, dispõem claramente quais as posições jurídicas materiais das medidas de saneamento que não são afetadas. Estas disposições não preveem que todos os efeitos materiais de uma medida de saneamento devam ser apreciados à luz das disposições do Estado-Membro de acolhimento, quando esta medida respeita a um dos institutos jurídicos ali referidos.

48. Por conseguinte, o artigo 32.º da Diretiva 2001/24 deve ser interpretado no sentido de que só os efeitos processuais se regem pela lei do Estado-Membro de acolhimento, e não a validade da medida para os fins do próprio processo. Isto aplica-se tendo especialmente em conta que a Diretiva 2001/24, e em particular o seu artigo 32.º, se destinam a evitar, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a diminuição da disponibilidade dos bens que são objeto de saneamento¹⁵. Assim, o entendimento aqui proposto corresponde também à interpretação restritiva que se impõe desta disposição enquanto norma excecional¹⁶.

49. Em terceiro lugar, seria muitas vezes quase impossível determinar completamente todos os efeitos de uma medida de saneamento ou de liquidação à luz da lei do Estado-Membro de acolhimento. Com efeito, a Diretiva 2001/24 não harmoniza as disposições nacionais relativas às medidas de saneamento e liquidação de instituições de crédito¹⁷; uma medida de saneamento adotada num Estado-Membro pode não ter, eventualmente, nenhuma correspondência no direito interno de outro Estado-Membro e pode, por conseguinte, nunca preencher as condições deste direito. Por isso, o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/24 determina expressamente que as medidas de saneamento estrangeiras devem ser reconhecidas «mesmo que as normas do Estado-Membro de acolhimento [...] não prevejam tais medidas ou sujeitem a sua aplicação a condições que não se encontrem preenchidas».

50. É por esta razão que os artigos 20.º a 27.º da Diretiva 2001/24 também se limitam a determinadas posições jurídicas materiais que são determinadas segundo a lei do Estado-Membro de acolhimento, e o artigo 32.º se limita aos efeitos processuais sobre o processo pendente.

51. No que respeita a estes efeitos, o desvio ao princípio da *lex concursus* no caso de um litígio já pendente é, porém, necessário. Com efeito, só o direito do Estado-Membro de acolhimento pode determinar se a medida torna necessária, por exemplo, uma alteração do pedido, o não conhecimento do mérito ou uma substituição das partes. Em contrapartida, antes da propositura de uma ação, os efeitos processuais de uma medida de saneamento ou de liquidação também podem ser regulados pelo direito do Estado-Membro de origem. Assim, o direito do Estado-Membro de origem pode determinar, por exemplo, que uma instituição de crédito perca, com a abertura do processo de liquidação, a sua capacidade judiciária e, por isso, deva estar representada em juízo por um administrador de insolvência.

14 V., a este respeito, Acórdão de 24 de outubro de 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, n.º 55).

15 Acórdão de 24 de outubro de 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, n.º 55).

16 Acórdão de 24 de outubro de 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, n.º 52).

17 Acórdãos de 24 de outubro de 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, n.º 39), e de 19 de julho de 2016, Kotnik e o. (C-526/14, EU:C:2016:570, n.º 104).

52. Deste modo, em relação ao presente processo apenas resulta do artigo 32.º da Diretiva 2001/24 que a retransmissão da responsabilidade ao BES ordenada em conformidade com o direito português deve ter, sobre o processo instaurado em Espanha, os efeitos processuais previstos pelo direito espanhol¹⁸. Concretamente, segundo o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), tais efeitos consistem na perda da legitimidade passiva do Novo Banco sem possibilidade de substituição do demandado, o que, por sua vez, conduz à improcedência da ação intentada contra o Novo Banco¹⁹.

53. É certo que o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), órgão jurisdicional de reenvio, entende que esta consequência é insatisfatória. Considerando a importância fundamental do princípio da aplicação da *lex concursus* para a eficácia universal das medidas de saneamento, que constitui o objetivo da Diretiva 2001/24²⁰, não seria, porém, admissível retirar daí a conclusão de que se deveria privar a medida de todos os efeitos no processo pendente. Se assim fosse, na minha opinião, seria pior a emenda do que o soneto, para usar uma expressão proverbial. A solução deste problema deve procurar-se antes no direito processual espanhol, que deve ser aplicado à luz do direito da União²¹.

54. Resulta das considerações anteriores que a eficácia material da retransmissão da responsabilidade para o BES no processo principal não deve ser determinada segundo os critérios do direito espanhol. Só as consequências processuais desta medida para o processo pendente é que se regem pelo direito deste Estado-Membro. O órgão jurisdicional de reenvio não pode, por isso, recusar o reconhecimento desta situação jurídica material com o argumento de que a mesma viola o direito espanhol.

C. Exceção ao princípio do reconhecimento recíproco?

55. Segundo o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/24, as medidas de saneamento adotadas de acordo com as disposições legais do Estado-Membro de origem produzem todos os seus efeitos em toda a União sem nenhuma outra formalidade. O princípio do reconhecimento mútuo expresso nesta disposição tem subjacente o princípio da confiança recíproca²². Segundo este princípio, a legalidade de uma medida adotada de acordo com as disposições do Estado-Membro de origem não é apreciada pelas autoridades e tribunais do Estado-Membro de acolhimento²³.

56. O princípio da confiança mútua baseia-se, por sua vez, na presunção de que todos os Estados-Membros dão garantias equivalentes de respeito dos valores fundamentais do Estado de direito democrático e dos direitos fundamentais da União²⁴. Só esta presunção justifica que não se aprecie a conformidade de uma medida a aplicar por via do reconhecimento mútuo com as disposições hierarquicamente superiores do Estado-Membro de acolhimento²⁵.

57. Além disso, o reconhecimento da decisão de dezembro de 2015 no presente processo também não depende do respeito de outras disposições do direito da União.

18 V., igualmente neste sentido, Conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón no processo LBI (C-85/12, EU:C:2013:352, n.ºs 86 e segs.).

19 No direito alemão, o processo poderia, por exemplo, prosseguir contra o Novo Banco apesar desta alteração; A força de caso julgado do acórdão seria, porém, extensiva ao BES; v. disposições dos §§ 265, n.º 2, e 325 do ZPO (Código de Processo Civil alemão). V., a este respeito, n.ºs 96 e segs. das presentes conclusões.

20 V., a este respeito, Acórdão de 24 de outubro de 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, n.º 55).

21 V. n.ºs 94 e segs. das presentes conclusões.

22 V., a este respeito, Acórdãos de 22 de dezembro de 2010, Aguirre Zarraga (C-491/10 PPU, EU:C:2010:828, n.º 70), e de 5 de abril de 2016, Aranyosi e Căldăraru (C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, n.º 77).

23 Apenas por razões de exaustividade, refira-se que, de qualquer modo, não há dúvidas quanto à legalidade de acordo com o direito português. Em especial, o Governo português confirmou mais uma vez expressamente, no processo no Tribunal de Justiça, que o artigo 145.º-H, n.º 5, do RGICSF constitui, segundo o direito português, uma base jurídica adequada para a decisão de dezembro de 2015, e que o Banco de Portugal também respeitou todas as outras disposições formais e materiais do direito português.

24 V. Parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH) de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 191); e Acórdãos de 5 de abril de 2016, Aranyosi e Căldăraru (C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, n.º 78), e de 25 de julho de 2018, Minister for Justice and Equality (Falhas do sistema judiciário) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, n.º 35).

25 Acórdão de 25 de julho de 2018, Minister for Justice and Equality (Falhas no sistema judiciário) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, n.º 37).

58. Com efeito, a retransmissão da responsabilidade para o BES não tem, em primeiro lugar, de ser avaliada à luz da Diretiva 2014/59 (v., a este respeito, ponto 1., *infra*). Em segundo lugar, a adoção desta medida de saneamento também não constitui, por essa razão, nenhuma aplicação do direito da União, de modo que os princípios gerais e os direitos fundamentais do direito da União não são aplicáveis (v., a este respeito, ponto 2., *infra*). Em terceiro lugar, também não estamos perante nenhum dos tipos de casos desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça nos quais uma medida nacional abrangida pelo princípio do reconhecimento mútuo tenha de ser excepcionalmente apreciada quanto ao respeito dos princípios fundamentais do direito da União (v., a este respeito, ponto 3., *infra*).

1. Aplicabilidade da Diretiva 2014/59 em razão do tempo

59. As disposições da Diretiva 2014/59 não são aplicáveis, em razão do tempo, à retransmissão da responsabilidade para o BES pela decisão do Banco de Portugal de dezembro de 2015.

60. Recorde-se: a Diretiva 2014/59 entrou em vigor em 2 de julho de 2014²⁶. Em agosto de 2014, o Banco de Portugal criou, para efeitos da resolução do BES, o Novo Banco e transferiu para este, entre outros, os passivos que a demandante invoca no processo principal. O prazo de transposição da Diretiva 2014/59 expirou em 31 de dezembro de 2014²⁷. Em dezembro de 2015 foi adotada a decisão do Banco de Portugal de retransmitir a responsabilidade controvertida para o BES com efeitos retroativos a 3 de agosto de 2014.

61. No entanto, a retransmissão dos passivos para o BES, em dezembro de 2015, deve ser entendida como um elemento não autónomo da medida de saneamento «criação da instituição de transição Novo Banco», que já tinha sido decidida em agosto de 2014 e, portanto, antes de decorrido o prazo de transposição da Diretiva 2014/59. A necessidade desta análise conjunta é corroborada pelo facto de que seria artificial apreciar isoladamente as medidas de saneamento individuais com base apenas na data da sua adoção, apesar de as mesmas serem, na realidade, materialmente conexas e se destinarem ao mesmo fim, a saber, a criação do Novo Banco e a imputação dos bens com e sem valor patrimonial.

62. Esta ideia transparece do artigo 40.º, n.º 7, da Diretiva 2014/59. Esta disposição faz depender a admissibilidade da retransmissão dos passivos para o «Bad Bank» (banco mau) — uma medida que, no caso vertente, foi adotada depois de decorrido o prazo de transposição da diretiva — do facto de esta possibilidade já estar prevista no meio pelo qual se procedeu à criação do banco de transição — que ocorreu antes de decorrido o prazo de transposição. A criação da instituição de transição está assim, por um lado, indissociavelmente ligada à transferência e à retransmissão de passivos. Por outro lado, se se pretendesse examinar a retransmissão à luz do artigo 40.º, n.º 7, da Diretiva 2014/59, isso equivaleria a deduzir dessa diretiva exigências concretas para a decisão de agosto de 2014, embora seja evidente que, nessa data, o prazo de transposição ainda não tinha expirado²⁸. Por conseguinte, não é possível proceder a uma consideração separada das medidas individuais. Esta conclusão vale independentemente do facto de, no caso vertente, os requisitos do artigo 40.º, n.º 7, da Diretiva 2014/59 terem sido efetivamente respeitados.

26 V. artigo 131.º da Diretiva 2014/59: o vigésimo dia seguinte ao da publicação no *Jornal Oficial*, em 12 de junho de 2014, foi o dia 2 de julho de 2014.

27 V. artigo 130.º da Diretiva 2014/59.

28 É certo que, segundo jurisprudência constante, decorre do artigo 4.º, n.º 3, TUE e do artigo 288.º, terceiro parágrafo, TFUE, conjugados com as diretivas pertinentes, que os Estados-Membros, durante o prazo para a respetiva transposição, devem abster-se de adotar disposições suscetíveis de comprometer seriamente a realização dos objetivos prosseguidos pela diretiva. Daí apenas se podem deduzir, no entanto, obrigações de abstenção, mas não quaisquer obrigações positivas; v., em especial, Acórdão de 4 de julho de 2006, Adeneler e o. (C-212/04, EU:C:2006:443, n.ºs 121 e segs.).

63. A considerar-se as medidas separadamente, deveria cindir-se até a competência administrativa para medidas tomadas posteriormente em relação à resolução do BES, já que, com a entrada em vigor do Regulamento n.º 806/2014²⁹, a competência para tomar medidas de resolução de bancos com a dimensão e a relevância do BES foi transferida para o Conselho Único de Resolução (CUR) (*Single Resolution Board*, SRB)³⁰.

64. A este respeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que pode justificar-se a aplicação da regulamentação anterior a situações que surgiram durante a sua vigência e que subsistam depois da entrada em vigor da nova regulamentação, se esta constituir um todo indissociável e tenha dado, de certo modo, azo a uma mudança de regime³¹. É o que acontece com a Diretiva 2014/59.

65. Por isso, a única coisa adequada a fazer é apreciar a legalidade das medidas do Banco de Portugal relacionadas com a resolução do BES como um pacote unitário de medidas, tomando como base o contexto jurídico vigente em agosto de 2014, ou seja, numa data em que o prazo de transposição da Diretiva 2014/59 ainda não tinha expirado.

66. As presentes medidas de saneamento também não justificam uma eventual eficácia antecipada da Diretiva 2014/59. É certo que, durante o prazo de transposição de uma diretiva, os Estados-Membros devem abster-se de adotar disposições suscetíveis de comprometer seriamente a obtenção do resultado prescrito por essa diretiva³². Mas não é evidente que a retransmissão da responsabilidade para o BES seja contrária aos objetivos da Diretiva 2014/59, em especial do seu artigo 40.º

67. Muito pelo contrário, a criação de uma instituição de transição visa apenas dar continuidade às áreas de negócio sãs de um banco que tenha caído em dificuldades. Mas essa instituição não tem de assumir precisamente a responsabilidade por comportamentos de alto risco e eventualmente danosos do referido banco. Este instrumento visa antes — de acordo com os objetivos gerais da resolução bancária³³ — em especial, proteger os depositantes e atenuar os possíveis efeitos sistémicos. Como já afirmei, o depósito de ações da demandante não é, porém, um depósito protegido³⁴.

68. A criação do Novo Banco e a sua capitalização no montante de 4,9 mil milhões de euros foram realizadas com fundos do Estado³⁵. Se o Novo Banco fosse agora responsabilizado pelas práticas comerciais do BES qualificadas de ilegais pelos tribunais espanhóis, que consistiam em vender ainda, pouco tempo antes da sua insolvência, ações do banco islandês deficitário Kaupthing Bank a investidores inexperientes, o contribuinte seria, em última instância, chamado a «pagar», uma vez mais, pelas consequências dos erros cometidos pelos bancos. Todavia, o objetivo declarado de todas as reformas no domínio da regulação bancária empreendidas desde a crise financeira de 2008 é conter o denominado *moral hazard* no setor financeiro e reduzir, tanto quanto possível, o custo do resgate bancário para a coletividade³⁶.

29 Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014, que estabelece regras e um procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um Mecanismo Único de Resolução e de um Fundo Único de Resolução bancária (JO 2014, L 255, p. 1) (a seguir «Regulamento n.º 806/2014»).

30 Artigo 5.º, n.º 1, conjugado com o artigo 7.º, n.º 2, alínea a), i), do Regulamento n.º 806/2014.

31 V. neste sentido, Acórdãos de 12 de novembro de 1981, *Meridionale Industria Salumi e o.* (212/80 a 217/80, EU:C:1981:270, n.º 11), e de 26 de março de 2015, *Comissão/Moravia Gas Storage* (C-596/13 P, EU:C:2015:203, n.º 36).

32 Acórdãos de 18 de dezembro de 1997, *Inter-Environnement Wallonie* (C-129/96, EU:C:1997:628, n.º 45), de 11 de setembro de 2012, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias e o.* (C-43/10, EU:C:2012:560, n.º 57), e de 13 de novembro de 2019, *Lietuvos Respublikos Seimo narių grupė* (C-2/18, EU:C:2019:962, n.º 55).

33 Os objetivos da resolução estão atualmente estabelecidos no artigo 14.º, n.º 2, do Regulamento n.º 806/2014.

34 V., a este respeito, o n.º 36 das presentes conclusões.

35 V. Comunicado de Imprensa IP/14/901 da Comissão, de 4 de agosto de 2014, relativo à autorização de um auxílio à resolução do Banco Espírito Santo.

36 V. por exemplo, *Fact Sheet* (ficha informativa) da Comissão de 15 de abril de 2014 relativa à Diretiva 2014/59, MEMO/14/297. V., igualmente, artigo 14, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 806/2014.

69. É verdade que, à primeira vista, pode parecer insatisfatório que a demandante, que, segundo as conclusões dos tribunais espanhóis, não tinha capacidade para prever as implicações do seu investimento, tenha acabado por perder o seu dinheiro. Mas esta consequência deve-se ao facto de, no caso da demandante, se terem até concretizado dois riscos gerais: em primeiro lugar, o Kaupthing Bank tornou-se insolvente e foi objeto de liquidação. Se a demandante tivesse ações sólidas no seu depósito no BES, não teria muito provavelmente à partida intentado nenhuma ação por aconselhamento deficiente. Em segundo lugar, também o BES se tornou insolvente, pelo que a demandante, não obstante o direito que lhe assiste em virtude do aconselhamento deficiente, já não tem nenhuma perspectiva de receber o seu dinheiro desta instituição. Daqui não resulta, contudo, que estes dois riscos devam ser repercutidos no Estado ou na coletividade. Deveria antes pensar-se numa responsabilidade pessoal do consultor de investimentos ou em consequências penais.

70. Pelas razões expostas, a retransmissão da responsabilidade para o BES aqui controvertida está em consonância com os objetivos da Diretiva 2014/59. Por conseguinte, a Diretiva 2014/59 também não é aplicável a esta medida por força de uma eventual eficácia antecipada.

2. Aplicabilidade dos princípios gerais de direito e dos direitos fundamentais da União?

71. Para poder examinar a retransmissão da responsabilidade para o BES à luz dos princípios da segurança jurídica e da proteção jurisdicional efetiva do direito da União, seria necessário que essa retransmissão constituísse uma «aplicação do direito da União» na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta. Nesse caso, estaria em causa não apenas o âmbito de aplicação da Carta, nomeadamente do seu artigo 47.º, mas também o âmbito dos princípios gerais do direito da União³⁷. Entre estes figura, nomeadamente, o princípio da segurança jurídica³⁸.

72. A retransmissão da responsabilidade para o BES pela decisão de dezembro de 2015 não constitui, contudo, uma aplicação do direito da União, diferentemente do que sucede com o reconhecimento dessa decisão.

73. Com efeito, a Diretiva 2001/24 não harmoniza as disposições nacionais relativas ao saneamento e à liquidação de instituições de crédito³⁹. É certo que a Diretiva 2001/24 impõe aos Estados-Membros a obrigação de reconhecerem tais medidas adotadas por outros Estados-Membros. Porém, o reconhecimento pelo Estado-Membro de acolhimento — neste caso, a Espanha — é uma medida que deve distinguir-se da adoção pelo Estado-Membro de origem — neste caso, Portugal — da medida de saneamento em si mesma. A Diretiva 2001/24 não contém quaisquer obrigações específicas para a adoção e aplicação de medidas de saneamento e liquidação pelas autoridades administrativas e tribunais do Estado-Membro de origem de uma instituição de crédito, regendo-se antes estas medidas exclusivamente pelo direito do Estado-Membro de origem⁴⁰. A Diretiva 2001/24 não impõe, em especial, aos Estados-Membros a adoção ou a aplicação de medidas de saneamento e liquidação específicas⁴¹. É precisamente por esta razão que se impõe o reconhecimento mútuo.

37 V. Anotações relativas ao artigo 51.º da Carta (JO 2007, C 303, p. 32), bem como Acórdão de 10 de julho de 2014, Julián Hernández e o. (C-198/13, EU:C:2014:2055, n.º 33), e Despacho de 24 de setembro de 2019, Spetsializirana prokuratura (Presunção de inocência) (C-467/19 PPU, EU:C:2019:776, n.º 39).

38 Acórdão de 1 de julho de 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, n.º 125).

39 Acórdãos de 24 de outubro de 2013, LBI (C-85/12, EU:C:2013:697, n.º 39), e de 19 de julho de 2016, Kotnik e o. (C-526/14, EU:C:2016:570, n.º 104).

40 Quanto ao critério segundo o qual para que uma situação seja abrangida pelo âmbito de aplicação da Carta, o direito da União deve impor obrigações específicas aos Estados-Membros nessa matéria, v. Acórdãos de 6 de março de 2014, Siragusa (C-206/13, EU:C:2014:126, n.º 26), e de 10 de julho de 2014, Julián Hernández e o. (C-198/13, EU:C:2014:2055, n.º 35), bem como Despacho de 24 de setembro de 2019, Spetsializirana prokuratura (Presunção de inocência) (C-467/19 PPU, EU:C:2019:776, n.º 41).

41 V. neste sentido, Despacho de 24 de setembro de 2019, Spetsializirana prokuratura (Presunção de inocência) (C-467/19 PPU, EU:C:2019:776, n.ºs 41 e segs.).

74. Atualmente, na sequência da adoção da Diretiva 2014/59, as medidas de saneamento e de liquidação das instituições de crédito foram finalmente uniformizadas na União⁴². A Diretiva 2014/59 fornece às autoridades dos Estados-Membros um conjunto uniformizado de medidas de resolução, entre as quais também figuram a criação de uma instituição de transição e as transações com ela relacionadas⁴³. No entanto, como já foi demonstrado, as disposições da Diretiva 2014/59 não são aplicáveis, em razão do tempo, à retransmissão da responsabilidade para o BES em causa no processo principal⁴⁴. Pelo contrário, o Banco de Portugal criou o banco de transição ao abrigo do direito português, numa data em que ainda estava em vigor a Diretiva 2001/24, que não previa propriamente a harmonização das medidas de saneamento.

75. Por conseguinte, é facto assente que a decisão de dezembro de 2015 não constitui uma aplicação do direito da União.

76. A pretender-se ver em qualquer decisão nacional que, segundo as disposições do direito da União esteja sujeita ao reconhecimento mútuo — ou seja, qualquer sentença em matéria penal⁴⁵ e civil⁴⁶, qualquer decisão em matéria de obrigações alimentares⁴⁷, qualquer reconhecimento de habilitações médicas,⁴⁸ etc. — uma aplicação do direito da União, não só o âmbito de aplicação da Carta seria desproporcionadamente alargado, como, e sobretudo, o sistema de reconhecimento mútuo seria levado *ad absurdum*. Com efeito, em vez de reconhecer uma medida confiando na sua conformidade com princípios superiores, esta poderia ser objeto, caso a caso, de um exame à luz dos direitos fundamentais e dos princípios gerais do direito da União. No entanto, esta possibilidade só é reconhecida em casos absolutamente excecionais, cujos pressupostos não se verificam no caso presente.

3. Fiscalização a título excepcional do respeito dos valores fundamentais do direito da União?

77. Efetivamente, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, pode haver exceções ao princípio do reconhecimento mútuo, nomeadamente, se necessário, perante «circunstâncias excecionais»⁴⁹. A este propósito, o Tribunal de Justiça reconheceu, relativamente à execução de um mandado de detenção europeu, que uma ameaça séria de violação de um bem juridicamente protegido de importância fundamental pode constituir uma circunstância excepcional dessa natureza. Em concreto, referiu-se então à proibição das penas ou dos tratos desumanos ou degradantes estabelecida no artigo 4.º da Carta⁵⁰ e à exigência de independência judicial⁵¹. Nesse sentido, no decurso da audiência, o Conselho teceu considerações a título subsidiário sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao Estado de direito⁵².

42 V. considerando 10 da Diretiva 2014/59, bem como Acórdão de 19 de julho de 2016, Kotnik e o. (C-526/14, EU:C:2016:570, n.º 113).

43 V. artigo 40.º da Diretiva 2014/59.

44 V. n.ºs 59 e segs. das presentes conclusões.

45 V. Decisão-Quadro 2008/909/JAI do Conselho, de 27 de novembro de 2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade para efeitos da execução dessas sentenças na União Europeia (JO 2008, L 327, p. 27).

46 V. Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2012, L 351, p. 1).

47 V. Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares (JO 2009, L 7, p. 1) (a seguir «Regulamento n.º 4/2009»).

48 V. Diretiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais (JO 2005, L 255, p. 22).

49 V. Parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH) de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 191), bem como Acórdãos de 5 de abril de 2016, Aranyosi e Căldăraru (C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, n.º 82), e de 25 de julho de 2018, Minister for Justice and Equality (Falhas do sistema judiciário) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, n.º 43).

50 Acórdão de 5 de abril de 2016, Aranyosi e Căldăraru (C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, n.º 85).

51 Acórdão de 25 de julho de 2018, Minister for Justice and Equality (Falhas do sistema judiciário) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, n.º 48).

52 O representante do Conselho referiu-se, em especial, aos Acórdãos de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117), e de 24 de junho de 2019, Comissão/Polónia (Independência do Supremo Tribunal) (C-619/18, EU:C:2019:531).

78. Porém, no presente processo, não se pode falar de falhas graves do Estado de direito. No caso de, ainda assim, o Tribunal de Justiça entender que é necessária a apreciação da medida de saneamento à luz do direito da União, gostaria de me referir em seguida, a título subsidiário, às razões das quais resulta que a retransmissão da responsabilidade para o BES não pode ser entendida como uma violação do princípio da segurança jurídica nem como uma violação do direito à proteção jurisdicional efetiva.

a) A título subsidiário: Quanto ao princípio da segurança jurídica, em especial quanto à tutela da confiança legítima

79. Segundo jurisprudência constante, o princípio da segurança jurídica exige, por um lado, que uma regulamentação estatal seja clara e precisa e que permita aos interessados conhecer com exatidão a extensão das obrigações que lhes impõe e os direitos que lhes confere para poderem agir em conformidade⁵³. Como corolário deste princípio é protegida, por princípio, a confiança dos interessados na estabilidade dessa regulamentação⁵⁴.

80. A confiança legítima na estabilidade de uma situação deixa, porém, de existir quando um operador económico prudente e avisado estivesse em condições de prever uma alteração da situação jurídica. Em especial, um operador económico não pode, segundo a jurisprudência, depositar a sua confiança legítima na manutenção de uma situação existente que pode ser alterada no quadro do poder de apreciação das autoridades nacionais⁵⁵.

81. Por conseguinte, há que apreciar no processo principal se uma investidora prudente e avisada podia ter conhecimento de que a autoridade de supervisão poderia, com base no artigo 145.º-H, n.º 5, do RGICSF (Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras), transferir de novo e retroativamente passivos para o banco mau. A favor da possibilidade de tal conhecimento abona o facto de esta possibilidade de retransmissão ter sido reiterada expressamente na decisão de agosto de 2014, o que também foi acentuado pelo Governo português no processo no Tribunal de Justiça. Neste contexto, devia ter sido garantido que uma investidora prudente e avisada pudesse tomar conhecimento desta decisão, o que pressuporia, em todo o caso, uma publicação em língua espanhola e na forma habitual no país. Na audiência, foi referido a este respeito que os meios de comunicação espanhóis noticiaram profusamente a decisão do Banco de Portugal.

82. A simples circunstância de o Novo Banco (pelo menos em parte) se ter convertido no sucessor do BES⁵⁶ e ter prosseguido a gestão do depósito de ações da demandante, não pode, no meu entender, justificar qualquer confiança legítima em que o Novo Banco assumia também as responsabilidades pelo aconselhamento deficiente prestado pelo BES, que já existiam antes da assunção desta relação comercial. A transmissão de um contrato não é necessariamente acompanhada da assunção das responsabilidades já existentes.

83. Além disso, não corresponde de modo nenhum ao espírito e à finalidade da criação de uma instituição de transição a transferência para esta da responsabilidade por comportamentos de alto risco e eventualmente danosos do banco caído em dificuldades⁵⁷. Estas considerações também podem ser relevantes na apreciação do respeito dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima no processo principal.

53 Acórdão de 1 de julho de 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, n.º 127).

54 Acórdão de 11 de junho de 2015, Berlington Hungary e o. (C-98/14, EU:C:2015:386; n.º 77).

55 V., neste sentido, Acórdãos de 7 de setembro de 2006, Espanha/Conselho (C-310/04, EU:C:2006:521, n.º 81), de 10 de setembro de 2009, Plantanol (C-201/08, EU:C:2009:539, n.º 53), e de 11 de julho de 2019, Agrenergy e Fusignano Due (C-180/18, C-286/18 e C-287/18, EU:C:2019:605, n.º 31).

56 V., quanto à nova situação jurídica, o artigo 40.º, n.º 9, da Diretiva 2014/59.

57 V., a este respeito, n.ºs 67 e segs. das presentes conclusões.

84. A este respeito importa recordar que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a proteção da confiança legítima no caso de atos ilegais é limitada por força do princípio da legalidade⁵⁸. Embora, nesta ocasião, não haja que apreciar a legalidade da decisão do Banco de Portugal de dezembro de 2015, porque tal apreciação não compete ao Tribunal de Justiça, a confiança legítima na estabilidade dessa decisão de transferência só pode, em meu entender, gozar de uma proteção atenuada se esta for claramente contrária aos objetivos da medida de resolução.

85. Neste sentido, também o Governo português, na sua resposta às questões escritas que lhe colocou o Tribunal de Justiça, sustentou que deve ser concedida à autoridade de supervisão a possibilidade de corrigir decisões erradas. Assim é por maioria de razão, atendendo aos constrangimentos temporais em que a decisão de resolução tem de ser tomada⁵⁹ e aos encargos financeiros significativos para a coletividade que resultam da criação de um banco de transição.

86. Tendo em conta todo este contexto, a demandante não podia ter confiado na transferência para o Novo Banco da responsabilidade pelo aconselhamento deficiente prestado pelo BES, efetuada pela decisão de agosto de 2014. Por isso, não se aprecia uma violação do princípio da segurança jurídica.

b) A título subsidiário: Quanto ao direito à proteção jurisdicional efetiva

87. O princípio da proteção jurisdicional efetiva constitui, segundo jurisprudência constante, um princípio geral do direito da União que resulta das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros, garantido pelo artigo 47.º da Carta e também consagrado nos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH») ⁶⁰. Em conformidade com o artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta, toda a pessoa tem direito a uma ação perante um tribunal. Além disso, resulta do artigo 47.º, segundo parágrafo, da Carta que o acesso aos tribunais deve ser garantido. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) entende a este respeito que a possibilidade meramente formal ou teórica, mas excluída na prática, de intentar uma ação não é suficiente para garantir o acesso efetivo aos tribunais ⁶¹.

88. No caso vertente, segundo a informação do Governo português, a demandante tinha o direito de impugnar a decisão de dezembro de 2015 no prazo de três meses a partir da data da sua publicação no sítio Web do Banco de Portugal, em 13 de janeiro de 2016. Há que apreciar, neste caso, ponderando todas as circunstâncias do caso concreto, se esta possibilidade de ação pode ser considerada efetiva na aceção do artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta.

89. A este respeito, há que ter em conta que o artigo 47.º da Carta não se opõe à fixação de prazos de caducidade para a propositura de uma ação ⁶². A efetividade da proteção jurisdicional não é frustrada nem excessivamente dificultada por um prazo razoável, desde que esse prazo só comece a correr a partir do momento em que o interessado tenha tido conhecimento do ato lesivo ou, pelo menos, devesse ter conhecimento dele ⁶³.

58 V., neste sentido, Acórdãos de 22 de março de 1961, Snupat/Alta Autoridade (42/59 e 49/59, EU:C:1961:5, p. 172); de 3 de março de 1982, Alphasteel/Comissão (14/81, EU:C:1982:76, n.º 10); de 17 de abril de 1997, de Compte/Parlamento (C-90/95 P, EU:C:1997:198, n.ºs 35 e segs.); e de 13 de janeiro de 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, n.º 27).

59 Nos termos do quadro jurídico da União atualmente vigente, a urgência é um pressuposto de facto da resolução; v. artigo 18.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 806/2014.

60 V. Acórdão de 8 de setembro de 2010, Winner Wetten (C-409/06, EU:C:2010:503, n.º 58).

61 Segundo esta jurisprudência, uma ação não pode ser meramente «teórica ou ilusória»; v., por exemplo, TEDH, Acórdãos de 19 de março de 1997, Hornsby c. Grécia (CE:ECHR:1997:0319JUD001835791, §§ 40 e 41), e de 26 de fevereiro de 2002, Del Sol c. França (CE:ECHR:2002:0226JUD004680099, § 21).

62 Despacho de 17 de maio de 2002, Alemanha/Parlamento e Conselho (C-406/01, EU:C:2002:304, n.º 20).

63 V., neste sentido, Acórdãos de 7 de novembro de 2019, Flausch e o. (C-280/18, EU:C:2019:928, n.º 55), e de 27 de fevereiro de 2020, TK e o. (Remuneração dos funcionários e juízes) (C-773/18 a C-775/18, EU:C:2020:125, n.º 73).

90. Segundo as explicações do Governo português, a decisão do Banco de Portugal foi, além de publicada em 13 de janeiro de 2016, também junta pelo Novo Banco, em 26 de janeiro de 2016, aos autos do litígio pendente em Espanha com a demandante. No quadro deste litígio, a demandante foi sempre representada por um advogado. Além disso, segundo a informação do Governo português, pelo menos seis investidores espanhóis intentaram ações em Portugal contra a decisão de dezembro de 2015.

91. Acresce que — contrariamente à opinião do Governo espanhol — não se pode considerar em geral irrazoável que a decisão do Banco de Portugal devesse ser impugnada em Portugal. Quando se permite, num sistema de reconhecimento mútuo, que decisões estrangeiras possam produzir efeitos noutros Estados-Membros, daí resulta necessariamente que a jurisdição para contestações da decisão em causa pode ser a de um Estado-Membro diferente daquele em que o demandante reside⁶⁴.

92. Perante este contexto, deve considerar-se que também se facultou à demandante a possibilidade de beneficiar de proteção jurisdicional efetiva contra a decisão do Banco de Portugal de dezembro de 2015.

4. Conclusão intermédia

93. Em consequência, não é aplicável qualquer exceção ao princípio do reconhecimento mútuo nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/24. A demandante deveria ter invocado eventuais objeções contra a decisão do Banco de Portugal nos tribunais portugueses.

D. Quanto aos efeitos do reconhecimento da medida de saneamento no processo principal à luz dos princípios da segurança jurídica e da proteção jurisdicional efetiva

94. Perante as conclusões acima expostas, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) coloca a questão de saber se a obrigação resultante do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/24 de reconhecimento incondicional da situação jurídica material, tal como resulta das decisões do Banco de Portugal de dezembro de 2015, viola, por seu turno, os princípios da segurança jurídica e da proteção jurisdicional efetiva.

95. A alteração da situação jurídica material produzida dessa forma no processo pendente teria, de acordo com a exposição deste tribunal, como consequência processual no direito espanhol, nomeadamente, que a ação devesse ser julgada improcedente em sede de recurso e a demandante fosse condenada a suportar as despesas. O Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) sustenta, a este respeito, que é especialmente problemático ter de revogar as sentenças das instâncias inferiores, apesar de estas — em todo o caso à luz da situação jurídica então vigente — terem sido proferidas sem qualquer erro de direito. Por esta razão, questiona implicitamente a validade do artigo 3.º, n.º 2, da diretiva em circunstâncias como as do processo principal.

96. Esta posição ignora, no entanto, que a revogação dos acórdãos das instâncias inferiores e a improcedência da ação em sede de recurso não resultam de modo nenhum diretamente do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/24. Pelo contrário, estes são os efeitos processuais específicos que o direito espanhol — único pertinente a este respeito por força do artigo 32.º da Diretiva 2001/24⁶⁵ — atribui a uma alteração (retroativa) da situação jurídica material na pendência do processo.

64 V., neste sentido, Acórdão de 22 de dezembro de 2010, Aguirre Zarraga (C-491/10 PPU, EU:C:2010:828, n.º 69).

65 V. n.ºs 41 e segs. das presentes conclusões.

97. A este respeito, o Governo espanhol confirmou na audiência que o direito espanhol não prevê nesta fase do processo a possibilidade de substituição do demandado nem a possibilidade de prosseguir o processo contra o demandado original e de estender os efeitos do caso julgado ao «novo» devedor da obrigação⁶⁶, nem um instituto como o *retrait litigieux*⁶⁷. Por isso, não resta ao Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) senão revogar o acórdão da primeira instância proferido (na altura) sem qualquer erro de direito e, em consequência, julgar a ação improcedente com a condenação da demandante na totalidade das despesas. Esta solução não se imporia, contudo, obrigatoriamente noutros ordenamentos jurídicos.

98. Assim, em rigor, não é o reconhecimento da situação jurídica material — e, portanto, do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/24 — que constitui o problema, mas antes a inexistência de possibilidades de reação processual no direito espanhol. Em consequência, coloca-se a questão — que também foi suscitada implicitamente pelo Conselho na fase escrita do processo no Tribunal de Justiça — de saber se é compatível com os princípios da segurança jurídica e da proteção jurisdicional efetiva, um regime nacional que associa ao reconhecimento imposto pela Diretiva 2001/24 de uma medida de saneamento estrangeira num processo judicial pendente a consequência processual de a ação anteriormente procedente ser julgada improcedente em sede de recurso com a condenação da demandante na totalidade das despesas.

99. Para responder a esta questão, são determinantes estes princípios tal como são expressos no direito da União, dado que o reconhecimento de uma medida de saneamento estrangeira — diferentemente da sua adoção⁶⁸ — transpõe uma obrigação imposta aos Estados-Membros pelo artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/24 e constitui, por conseguinte, uma «aplicação do direito da União» na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta.

1. Quanto ao princípio da segurança jurídica

100. No que respeita à compatibilidade com o princípio da segurança jurídica, não decorrem, na minha opinião, quaisquer problemas específicos do direito processual espanhol. Em especial, antes do trânsito em julgado de um processo, não pode existir nenhuma confiança legítima na manutenção da decisão de uma instância inferior.

101. Uma vez que a possibilidade da retransmissão da responsabilidade para o BES deve, em si mesma, considerar-se compatível com o princípio da segurança jurídica⁶⁹, o mesmo deve concluir-se relativamente às consequências processuais desta retransmissão, já que cabe esperar que um demandante prudente e avisado conheça o direito processual pertinente. Por outras palavras, a demandante devia contar que uma possível alteração da situação jurídica material implicaria a improcedência da sua ação com a sua condenação na totalidade das despesas.

2. Quanto ao direito à proteção jurisdicional efetiva

102. Subsistem, todavia, sérias dúvidas sobre se esta solução é compatível com o direito a uma ação efetiva e ao acesso aos tribunais decorrente do artigo 47.º da Carta.

66 V., no direito alemão, as normas dos §§ 265 n.º 2, e 325 do ZPO.

67 V., no direito francês, as normas do artigo 1699.º e segs. do Code Civil (Código Civil).

68 V., a este respeito, n.º 73 das presentes conclusões.

69 V., a este respeito, n.ºs 79 e segs. das presentes conclusões.

103. É certo que não se pode confundir a efetividade de uma ação, na aceção do artigo 13.º da CEDH e do artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta, com o seu êxito⁷⁰. O artigo 47.º da Carta não garante, portanto, que a ação seja julgada procedente e que a decisão do Banco de Portugal de dezembro de 2015 não seja reconhecida.

104. No entanto, é problemática a condenação da demandante nas despesas decorrentes da improcedência da ação. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça é reconhecido a este respeito que despesas processuais desproporcionadamente elevadas também podem prejudicar uma ação efetiva e o acesso aos tribunais⁷¹. As despesas devem considerar-se desproporcionadas não apenas quando não são proporcionais ao interesse económico da parte demandante numa sentença favorável, mas também quando não são objetivamente justificadas.

105. Por isso, uma regra que determina que o demandante, no caso de ser vencido, suporta as despesas é usual e, em princípio, não merece contestação⁷². Com efeito, a justificação objetiva desta obrigação de suportar as despesas consiste na circunstância de a admissibilidade e a fundamentação da ação pertencerem ao âmbito de responsabilidade do demandante.

106. Pode, no entanto, haver situações em que esta ponderação não se aplica. Uma situação deste tipo é ilustrada pelo processo principal. A ação neste processo (já) não é fundada, porque o contexto jurídico material se alterou posteriormente e com efeitos retroativos, facto este totalmente alheio ao âmbito de influência e de responsabilidade da demandante.

107. É certo que a demandante devia contar neste processo que o contexto jurídico pudesse eventualmente ser alterado em seu desfavor e que não conseguisse ver reconhecido o direito pretendido⁷³. Mas isto não deve implicar que a propositura da ação em si mesma lhe seja prejudicial e esta possa, por isso, ser levada em princípio a renunciar à mesma. Com efeito, se isto acontecesse, o direito à proteção jurisdicional efetiva seria afetado no seu conteúdo essencial.

108. Por isso, em tal situação, o direito nacional deve, no meu entender, prever uma possibilidade de reação processual. Pode tratar-se, por exemplo, de uma declaração de extinção da instância, de uma alteração da petição ou de qualquer outro instrumento que permita evitar que uma parte seja vencida pelo simples facto de ter sido alterada *a posteriori* e com efeitos retroativos a situação jurídica material. Ou, em alternativa, o tribunal deve poder abster-se de condenar a demandante nas despesas apesar de a ação ter sido julgada improcedente.

109. O risco de ser inevitavelmente vencido com a consequente condenação total nas despesas pode, em contrapartida, dissuadir um demandante de exercer judicialmente os seus direitos, o que não é compatível com o artigo 47.º da Carta.

VI. Conclusão

110. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho que Tribunal de Justiça responda à questão submetida pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) do seguinte modo:

O reconhecimento de uma medida de saneamento adotada num Estado-Membro previsto no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/24/CE, com a qual é alterada, com efeitos retroativos, a situação jurídica material subjacente a um processo pendente noutro Estado-Membro, não deve ter como consequência

70 TEDH, Acórdão de 29 de novembro de 1991, Pine Valley/Irlanda (CE:ECHR:1991:1129JUD001274287, § 66).

71 V., neste sentido, Acórdão de 11 de abril de 2013, Edwards e Pallikaropoulos (C-260/11, EU:C:2013:221, n.º 33).

72 V., neste sentido, Acórdãos de 11 de abril de 2013, Edwards e Pallikaropoulos (C-260/11, EU:C:2013:221, n.º 25), e de 13 de fevereiro de 2014, Comissão/Reino Unido (C-530/11, EU:C:2014:67, n.º 44).

73 V. n.ºs 79 e segs. das presentes conclusões.

neste processo que a parte em detrimento da qual a referida alteração produz efeitos seja necessariamente condenada na totalidade das despesas. Tal resultado leva a que a propositura da ação constitua, em si mesma, um risco e pode dissuadir um demandante de exercer judicialmente os seus direitos, o que não é compatível com o artigo 47.º da Carta.