



FEVEREIRO 2017

## PLMJ FINANCE: REGULATORY INSIGHT

# NOVAS ORIENTAÇÕES SOBRE O GOVERNO INTERNO DA EBA

*As orientações encontram-se agora estruturadas em torno de três eixos principais: papel do órgão de gestão no governo interno; exigências ao nível da política de governo interno, da cultura de risco e de conduta; e sistema de controlo interno. A par destes três eixos surgem ainda tratadas matérias como a proporcionalidade e a transparência.*

A EBA divulgou o projeto de novas orientações sobre o governo interno das instituições de crédito.

O documento que irá substituir as orientações de 2012 vem desenvolver o enquadramento relativo ao governo interno cujos fundamentos básicos constam já do ordenamento nacional em resultado da transposição da CRD<sup>4</sup>.

O projeto contém um conjunto de novidades para as quais as instituições de crédito se devem começar a preparar.

As orientações encontram-se agora estruturadas em torno de três eixos principais: papel do órgão de gestão no governo interno; exigências ao nível da política de governo interno, da cultura de risco e de conduta; e sistema de controlo interno. A par destes três eixos surgem ainda tratadas matérias como a proporcionalidade e a transparência.

Fazemos aqui uma breve reflexão sobre as principais novidades do projeto:

### 1. DIFICULDADES DE CORRESPONDÊNCIA COM O QUADRO JURÍDICO NACIONAL

A lei portuguesa permite que as instituições de crédito escolham entre três modelos básicos de governo que podem incluir: a) conselho de administração (com ou sem comissão executiva), a que acresce um conselho fiscal e revisor oficial de contas (modelo latino); b) conselho de administração com uma comissão executiva e com uma comissão de auditoria composta por administradores não executivos e revisor oficial de contas (modelo anglo-saxónico); c) conselho de administração executivo, a que acresce um conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas (modelo germânico).

Por forma a acautelar as diferenças ao nível de modelos de governo nas diversas jurisdições europeias, as orientações, em linha com a CRD<sup>4</sup>, adoptam uma perspetiva funcional: partindo do conceito de órgão de gestão (management body) fazem uma distinção entre o órgão de gestão na sua função de gestão (management function) e o órgão de gestão na sua função de fiscalização (supervisory function), podendo tratar-se de um órgão único ou de mais do que um órgão.

<sup>1</sup> Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento.

Embora não seja obrigatório, a maioria das instituições que adotam o modelo latino procedem à delegação da gestão diária numa comissão executiva (em linha aliás com as Recomendações do Grupo de Trabalho sobre os Modelos e as Práticas de Governo, de Controlo e de Auditoria das Instituições Financeiras criado pelo Banco de Portugal).

Isto significa que no modelo latino existem potencialmente dois órgãos sociais (ou parte deles) que podem ser considerados como incluídos na definição do órgão de gestão na sua função de fiscalização: os membros não executivos do conselho de administração e os membros do conselho fiscal.

Este facto torna extremamente difícil fazer a correspondência entre as orientações e os órgãos sociais que devem assumir as tarefas aí descritas.

Além disso, consideramos que essa sobreposição poderá criar riscos de que as orientações concretas acabem por não ser aplicadas, razão pela qual consideramos que deveria ser incluído um parágrafo adicional nas orientações que estabeleça critérios para lidar com essas situações de possível sobreposição e que forneça orientações sobre como alocar responsabilidades dentro de cada instituição ou que exija que as instituições implementem mecanismos que permitam a efetiva aplicação das orientações, por exemplo, escolhendo que um dos órgãos sociais assume exclusivamente as respetivas tarefas.

Na versão portuguesa das orientações de 2012 a expressão “management body” foi traduzida por “órgão de administração e fiscalização”. Na presente análise preferimos a tradução órgão de gestão (com as subcategorias função de gestão e função de fiscalização), sendo que certo que por exemplo tratando-se de situações em que a instituição adopta o modelo latino ou o modelo germânico a referência a órgão de gestão abrange o conselho de administração e o conselho fiscal (no modelo latino) e o conselho de administração executivo e o conselho geral e de supervisão (no modelo germânico). Por outro lado no modelo latino as referências à função de fiscalização abrangem o conselho fiscal e os membros não executivos do conselho de administração.

## **2. O ÓRGÃO DE GESTÃO E O GOVERNO INTERNO**

As orientações elencam um conjunto de matérias que devem ser da competência do órgão de gestão e que não trazem novidade face ao que são os deveres constantes do RGICSF<sup>2</sup> (após a transposição da CRD4) e da lei societária nacional<sup>3</sup>.

O órgão de gestão tem assim máxima competência (e assume responsabilidade) para estabelecer, aprovar e supervisionar o governo interno da instituição em todas as múltiplas vertentes que estão abrangidas neste conceito e que incluem não apenas a estratégia de negócio e as principais políticas da instituição mas também a estratégia e cultura de risco, o sistema de controlo interno, a política de remunerações, a adequação dos membros do órgão de gestão e dos titulares de funções essenciais, a cultura institucional, entre outros. Tudo isto com deveres de revisão periódica da implementação de todos os processos, estratégias e políticas.

Talvez as principais diferenças face ao que é o quadro jurídico nacional digam respeito ao facto da função de fiscalização dever assumir algumas tarefas adicionais (essencialmente no confronto com o artigo 420.º do Código das Sociedades Comerciais, o artigo 3.º da Lei n.º 148/2015 e o Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2008). Destaca-se aqui o papel que a função de fiscalização deve desempenhar em assegurar que os responsáveis pelas funções de controlo interno podem atuar de modo independente e que conseguem alertar a função de fiscalização para desenvolvimentos adversos ao nível do risco, bem como a supervisão da implementação e manutenção de políticas de identificação, gestão e mitigação de potenciais conflitos de interesse.

<sup>2</sup> Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

<sup>3</sup> Complementada em particular com a Lei n.º 148/2015 de 9 de setembro que aprovou o Regime Jurídico da Supervisão de Auditoria.

*Talvez as principais diferenças face ao que é o quadro jurídico nacional digam respeito ao facto da função de fiscalização dever assumir algumas tarefas adicionais.*

## **3. PRESIDÊNCIA DO ÓRGÃO DE GESTÃO**

As orientações reafirmam o entendimento de que, por regra, o presidente do órgão de gestão na sua função de fiscalização não deve assumir funções de CEO a não ser que tal seja justificado pela instituição e autorizado pela autoridade de supervisão (conforme aliás consta do artigo 88.º/1/e) da CRD4). Esta exigência tem sido interpretada pelo BCE como não permitindo a acumulação entre a presidência do órgão de gestão e o cargo de CEO<sup>4</sup>.

## **4. COMITÉS ESPECIALIZADOS**

As orientações referem-se principalmente ao comité de risco, ao comité de nomeações e ao comité de auditoria, sendo que o comité de remunerações é objeto das Orientações da EBA relativas a políticas de remuneração sãs de 27 de junho de 2016.

Como acontece já com o comité de remunerações, também no projeto se recomenda que o comité de risco, o comité de nomeações e o comité de auditoria sejam compostos por membros do órgão de gestão na função de fiscalização, devendo a sua presidência ser assumida por um membro independente.

<sup>4</sup> Addendum to the ECB Guidelines on options and discretions available in the Union Law, Agosto 2016, p. 15. A verdade é que interpretada literalmente a alínea e) do número 1 do artigo 88.º da CRD4 parece ter pouco sentido uma vez que, por exemplo na aplicação dos modelos admissíveis em Portugal, pretenderia impedir que o presidente do conselho fiscal, da comissão de auditoria ou do conselho geral e de supervisão assumissem o cargo de CEO, o que pela natureza dos órgãos em causa não faria sentido (e aliás não é admissível nos termos do artigo 414.º-A, 423.º-B e 434.º do CSC).

*Refira-se que o conceito de independência relevante encontra-se nas orientações sobre a adequação dos membros dos órgãos sociais e dos titulares de funções essenciais e representa uma mudança significativa face ao atualmente disposto na ordem jurídica nacional.*

A este respeito, exige-se também a independência de um número adequado dos membros dos referidos comités, sendo que, com exceção do comité de nomeações, tais comités deverão ter uma maioria de membros independentes.

Refira-se que o conceito de independência relevante encontra-se nas orientações sobre a adequação dos membros dos órgãos sociais e dos titulares de funções essenciais e representa uma mudança significativa face ao atualmente disposto na ordem jurídica nacional – vide o PLMJ Finance Regulatory Insight intitulado “O projeto de novas orientações sobre a avaliação da adequação dos membros do órgão de gestão e titulares de funções essenciais”.

## 5. POLÍTICA DE GOVERNO INTERNO

O Anexo I do projeto contém um conjunto de matérias que devem constar da política de governo interno que deve ser estabelecida pelo órgão de gestão, sendo que a mesma deve abranger também o governo interno ao nível do grupo. Recomenda-se ainda que as alterações substanciais à política de governo interno devem ser comunicadas à autoridade de supervisão.

## 6. FUNÇÕES DE CONTROLO INTERNO

Tendo em conta o detalhe do Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2008, o projeto acaba por não representar inovações muito substanciais face ao regime jurídico nacional.

As funções de controlo interno continuam a incluir a função de gestão de riscos, a função de compliance e a função de auditoria interna.

O projeto permite que um membro do órgão de gestão na sua função de gestão assuma a responsabilidade por uma função de controlo interno desde que não tenha outras responsabilidades que comprometam a sua independência.

Os responsáveis da função de gestão de risco e da função de compliance devem responder perante o órgão de gestão na sua globalidade, sendo que o responsável da função de auditoria interna deve responder perante o órgão de gestão na sua função de fiscalização. Não obstante, os responsáveis das funções de controlo devem poder comunicar diretamente com o órgão de gestão na sua função de fiscalização.

O projeto recomenda que, como acontece obrigatoriamente para a função de gestão de risco<sup>5</sup>, os restantes responsáveis de funções de controlo interno não devam ser substituídos sem a aprovação prévia do órgão de gestão na sua função de fiscalização.

<sup>5</sup> De acordo com o artigo 115.º-M/3 do RGICSF o responsável pela função de gestão de riscos não pode ser substituído sem aprovação prévia do órgão de fiscalização.

Por outro lado, tratando-se de instituições significativas, as autoridades de supervisão devem ser informadas da substituição dos responsáveis das funções de controlo, devendo ser detalhadas as razões que levaram à sua substituição.

Permite-se adicionalmente que tendo em conta os critérios de proporcionalidade, as funções de gestão de risco e de compliance possam ser combinadas, sendo que tal não poderá acontecer com a função de auditoria interna.

Relembre-se que de acordo com as recomendações do Grupo de Trabalho estabelecido pelo Banco de Portugal os responsáveis de funções de controlo interno não devem acumular cargo em entidades que detenham participação qualificada direta ou indireta na instituição ou que aquelas controlem.

## 7. PROPORCIONALIDADE

O Projeto contém um conjunto extenso de critérios que devem ser considerados para determinação da aplicação das orientações (incluindo não apenas a dimensão do balanço mas variadíssimos outros critérios). Infelizmente, diferentemente do que acontece por exemplo com o Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2008, as orientações não estabelecem critérios quantitativos claros. Seria bastante útil que o Banco de Portugal desenvolvesse um conjunto de orientações adicionais aplicando os critérios à realidade nacional.

Na ausência de critérios prévios devia haver um processo de decisão fundamentado por parte do Banco de Portugal comunicado às instituições que permita uma sindicância.

Equipa PLMJ Finance

A presente Nota Informativa destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto contacte **Bruno Ferreira** ([bruno.ferreira@plmj.pt](mailto:bruno.ferreira@plmj.pt)).

Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano  
*Who's Who Legal 2016, 2015, 2011-2006*  
*Chambers European Excellence Awards 2014, 2012, 2009*

Sociedade de Advogados Ibérica do Ano  
*The Lawyer European Awards 2015-2012*

Top 50 - Sociedades de Advogados mais Inovadoras da Europa  
*Financial Times - Innovative Lawyers Awards 2015 - 2011*