

Algumas notas sobre as novas orientações em matéria de *fit and proper* aplicáveis às instituições de crédito e às empresas de investimento



Inês Palma Ramalho
Associada Principal na Sêrvulo
& Associados

1. Enquadramento

A 2 de julho de 2021, a *European Banking Authority* publicou, juntamente com a *European Securities and Markets Authority*, as suas novas orientações em matéria de avaliação da adequação dos membros do órgão de administração e dos titulares de funções essenciais (as Orientações EBA/GL/2021/06, que doravante abreviaremos como “**Orientações**”).

Este instrumento entrou em vigor a 31 de dezembro de 2021 e veio substituir as normas de (*not so*) *soft law* em matéria de *fit and proper* emitidas em 2017 por estas entidades europeias e vigentes desde então.

O texto das orientações é longo e denso – aliás, como já o era na versão antecedente – e indica pretender clarificar várias questões que se têm vindo a debater nos últimos anos e desenvolver outros pontos que foram introduzidos anteriormente, mas será que o faz efetivamente? Nesta sede pretendemos destacar apenas algumas das alterações que, numa primeira análise, nos parecem merecer alguma reflexão.

2. O acréscimo dos “riscos” como justificativo de (mais) exigências de adequação

As Orientações argumentam que o conceito de “riscos”, ao longo de todo o seu texto, deve, inequivocamente, abarcar também os riscos de branqueamento de capitais e de financia-

mento do terrorismo, bem como os fatores de risco ambientais, sociais e de governação (ou seja, os mui populares riscos AML/CFT e ESG, respetivamente).

Para o efeito, e com o indisfarçável intuito de evitar qualquer dúvida sobre a relevância deste tipo de riscos, as Orientações determinam a respetiva aplicabilidade a quaisquer filiais das instituições destinatárias das sobreditas Orientações, mesmo que essas instituições se encontrem situadas em países terceiros (e, por conseguinte, fora do âmbito subjetivo individua-

ções sujeitas às Orientações assegurem, de forma contínua e tanto ao nível individual como coletivo, que os membros do órgão de administração não praticaram, ou tentaram praticar, quaisquer atos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou, de forma mais subtil mas igualmente impositiva, que não souberam evitar que a exposição da instituição a estes riscos aumentasse ou que falharam no combate a riscos AML/CFT (pontos 26, 32 ou 36, entre tantos outros).

Não há, portanto, dúvida que os

Os riscos ESG e os riscos AML/CFT vieram para ficar nas mais diversas áreas, incluindo em tema de *fit and proper*

lizado de supervisão das autoridades competentes), sublinhando-se, muito em particular, que esta aplicabilidade se mantém mesmo se esse país terceiro for considerado um centro financeiro *offshore* (ponto 9).

De igual modo, os riscos AML/CFT e os riscos ESG relevam também para efeitos da aferição do preenchimento de critérios de adequação. Devem ser tidos em conta, por exemplo, no âmbito do critério de *conhecimento, competências e experiência*, exigindo-se que os administradores possuam conhecimentos específicos em matéria de identificação, avaliação, monitorização, controlo e mitigação de riscos ESG (ponto 63).

Ou, noutra vertente e a efeitos de aferição da manutenção do critério da *idoneidade*, obriga-se que as institui-

ções ESG e os riscos AML/CFT vieram para ficar nas mais diversas áreas, incluindo em tema de *fit and proper*.

3. O modelo de governação

Neste ponto não há que destacar o que mudou, mas antes o que (mais uma vez) se mantém. Ditam as Orientações, no que diz respeito à escolha dos modelos de governação a adotar pelas instituições, que não há que impor um modelo específico de governação, sendo considerados aceitáveis e conformes com a disciplina regulatória europeia quaisquer modelos governativos previstos nas legislações comerciais e societária dos Estados-Membros (ponto 10 e seguintes).

E, se essa compatibilidade até é verificável nas versões portuguesas do *modelo monista* ou do *modelo dualista*,

conforme previsto no artigo 278.º do Código das Sociedades Comerciais, o mesmo já pode levantar dúvidas no que toca ao *modelo tradicional* aí previsto e que é, aliás, o modelo mais comum em Portugal.

Esse problema não nasce com estas Orientações, antes já se discutindo a propósito da versão de 2017, na medida em que o *modelo tradicional* não obriga à existência de administradores não-executivos e, como tal, pode não prever quem desempenhe a “*função de fiscalização*” exigida pelas Orientações dentro ou a par do órgão de administração. Ora, a solução para este problema não parece estar ainda nesta versão de 2021, mantendo-se a dúvida sobre como é que a autoridade competente pretende assegurar a existência de uma *função de fiscalização dentro do órgão de administração*, sem exigir que as instituições portuguesas abrangidas pelas Orientações integrem sempre administradores não executivos.

4. O critério da disponibilidade

Numa alteração quase meramente linguística, o desenho deste critério passou de atender ao tempo disponível para o exercício de uma determinada função (ou seja, uma espécie de declaração de compromisso acrescido para a dedicação de um determinado período de tempo mínimo ao cargo) para atentar no período de tempo efetivamente consagrado ou a consagrar às funções a desempenhar. Esta alteração parece sair do plano das intenções de *commitment* e passar a exigir uma apreciação mais concreta do tempo necessário ao exercício de um cargo ou função (pontos 25 e 27).

Curiosamente, se a configuração do critério da *disponibilidade* foi alterada, as Orientações mantêm por resolver um dos problemas conceituais originais deste critério. De facto, apesar deste alegado aumento de *disponibilidade*, as Orientações mantêm vigentes as regras sobre acumulação de cargos e que permitiam já uma acumulação praticamente ilimitada de cargos de administração com outros cargos, incluindo outros cargos de administração, desde que todos sejam exercidos dentro do mesmo grupo empresarial (pontos 50 a 52). Ou seja, um administrador que acumule diversos cargos de administração (executiva e/ou não executiva) nas mais diversas instituições do mesmo grupo financeiro será, ainda assim, considerado como preenchendo o critério da *disponibilidade*, uma vez que esses múltiplos cargos continuam a constituir *um único cargo*. E, mesmo reconhecendo sinergias no exercício integrado e acumulado destas funções, denota-se alguma incoerência

de um dos níveis ser colmatada pela força do outro. Esta conclusão leva, necessariamente, a que a falta de conhecimento ou experiência de um membro do órgão de administração seja aceitável apenas na medida em que, a título individual, possa ser suprida (p.e. através da frequência de formações) e rapidamente, sob pena de resultar numa inadequação num exercício de avaliação superveniente.

É neste critério que é também possível encontrar algumas regras novas direcionadas a alguns *stakeholders* específicos, como é, por exemplo, o caso do administrador que tem o pelouro do cumprimento normati-

vo e de conformidade (*compliance*), a quem se exige conhecimentos específicos em matéria de riscos AML/CFT (ponto 58).

Sem prejuízo de o critério da diversidade já estar previsto na versão de 2017, as Orientações preocuparam-se em reforçar as regras nesta matéria

na manutenção desta exceção a par da nova (e mais exigente) configuração deste critério.

5. O critério do conhecimento, competências e experiência

As diferenças neste critério não são particularmente acentuadas, mas é de destacar o seu reforço no que diz respeito à articulação entre o conhecimento, competências e experiência dos membros do órgão de administração a título individual, com o preenchimento do critério a título coletivo (ponto 29).

Ora, se até hoje se entendia, com alguma latitude, que o conhecimento coletivo do órgão colegial poderia suprir lacunas de experiência ou conhecimento ao nível individual de cada um dos seus membros, estas Orientações parecem vir determinar, de forma razoavelmente clara, que estes dois níveis de conhecimento, competências e experiência – o individual e o coletivo – devem ser vistos de forma cumulativa e nunca alternada, não podendo a insuficiência

6. O critério da diversidade

Deixámos para o fim aquela que será, provavelmente, a grande novidade das Orientações. Sem prejuízo de o critério da *diversidade* já estar previsto na versão de 2017, as Orientações preocuparam-se em reforçar as regras nesta matéria, esclarecendo que as instituições devem efetivamente promover a igualdade de oportunidades de género, nomeadamente no acesso a processos de formação de gestão e de aumento de competências, no aproveitamento dos recursos humanos da instituição e na seleção dos membros efetivos do órgão de administração com base na aplicação de verdadeiros critérios de diversidade.

A este respeito, prevê-se ainda obrigação de aprovação e implementação de políticas de não discriminação efetivas (pontos 102 a 108).