

Marisa Silva Monteiro

Cargo: Advogada-Consultora da JPAB-José Pedro Aguiar-Branco Advogados

Empresa: Outros
Cidade: Lisboa
País: Portugal

O Novo Regime De Fundos De Pensões E Entidades Gestoras

17/07/2019

Marisa Silva Monteiro |

A ideia de solidariedade é muito própria da cultura europeia e é um dos princípios fundadores da CEE, hoje UE. Da ideia de solidariedade brotou a construção do espaço comum de livre circulação de pessoas, mercadorias e capitais, o espaço económico comum e a moeda única da Zona Euro (o nosso euro).

Com raízes também no conceito de solidariedade, encontramos o chamado modelo social europeu onde se incluem os sistemas de pensões de invalidez e velhice que promovem o amparo entre gerações, em que os descontos contributivos dos mais jovens (em situação laboral activa) permitem suportar parte dos encargos com as reformas dos idosos e aposentados.

Mas **como os sistemas de Segurança Social estão hoje sob pressão crescente, os planos de pensões profissionais, empresariais e individuais (PPRs e outros)** têm vindo a ganhar espaço entre as formas de aplicação de rendimentos disponíveis, numa óptica futura de suprir as falhas dos regimes assistenciais e de realizar um complemento de rendimento na velhice.

Neste quadro, e no âmbito da criação do mercado único de serviços financeiros, **a Comissão e o Conselho Europeu vinham apelando à execução de um plano de acção que considerava urgente a aprovação de uma directiva que regulasse a supervisão prudencial das instituições de realização de planos de pensões profissionais** que não estavam sujeitas a um quadro legislativo comunitário harmonioso nem se regiam por regras prudenciais, de gestão ou de fiscalização que garantissem segurança para os futuros pensionistas, apesar de serem instituições financeiras de relevo.

O legislador comunitário decidiu, então, intervir e deu um primeiro passo no sentido da construção de um mercado único europeu de planos de pensões profissionais, com a aprovação, em 2003, da primeira directiva (conhecida como IORP I) relativa às actividades e supervisão das Instituições de Realização de Planos de Pensões Profissionais (IRPPP) que fixou regras relativas à sua constituição e gestão. Dito de outro modo, veio regular a criação de fundos de pensões e das suas entidades gestoras.

Vertida em lei nacional de 2006, a Directiva foi revista em 2016 (pela Directiva IORP II) e o processo de transposição do novo diploma comunitário para o nosso ordenamento jurídico interno está já em curso, **tendo o Conselho de Ministros, no passado dia 27 de junho, aprovado uma proposta de lei com o novo regime dos fundos de pensões e entidades gestoras,** outrossim na sequência da alteração das regras de comercialização de instrumentos

financeiros e organização dos intermediários financeiros e da aprovação do regime jurídico da distribuição de seguros e resseguros.

Seguindo agora a proposta de lei do Governo para apreciação parlamentar, **a pergunta que se coloca é se ela é fiel à segunda Directiva dos fundos de pensões (IORP II)**. Vejamos.

Diz a IORP II que o seu objectivo é uma harmonização mínima, pelo que os Estados-Membros poderão introduzir outras normas em sede de legislação nacional para proteger os participantes e beneficiários de planos de pensões profissionais. E a proposta de lei de transposição nacional fá-lo, já diremos *infra* em que termos.

A segunda Directiva anuncia que não altera substancialmente a IORP I, porquanto pretende apenas criar, à escala da União, um sistema de governação moderno para as IRPPP, baseado no risco.

E, na verdade, nesta medida, **encontrámos na proposta de lei um reforço do sistema de governação das entidades gestoras dos fundos de pensões e um assinalável reforço dos poderes de supervisão da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF)** que passa a ser a única entidade competente para autorizar, monitorizar e fiscalizar a actividade dos fundos de pensões e entidades gestoras nacionais, nos exactos termos da Directiva, ao prever que as autoridades nacionais de supervisão possam impor medidas necessárias, efectivas, proporcionadas e dissuasivas.

Do ponto de vista do funcionamento, os fundos de pensões nacionais respeitam as exigências da IORP II de autonomia e segregação patrimonial, mantendo-se como patrimónios autónomos, o que significa que têm dívidas próprias, mas que só respondem pelas suas próprias dívidas e não por dívidas dos seus

associados, participantes ou beneficiários, não são dotados de personalidade jurídica e são administrados por entidades gestoras, tal como já sucedia. E a proposta de lei de transposição, na esteira do que a Directiva permite, continua a possibilitar o exercício da actividade de gestão dos fundos de pensões a sociedades gestoras de fundos de pensões e a seguradoras do ramo Vida.

E numa tentativa de alinhamento com o exigido para os demais cargos de responsabilidade no sistema financeiro, aos requisitos, inscritos na Directiva, de qualificação e idoneidade dos gestores, a proposta de lei responde com um sistema de registo junto da ASF dos membros do órgão de administração, dos membros do órgão de fiscalização e dos responsáveis por funções-chave (como a gestão de activos) dos fundos de pensões, cuja recusa ocorrerá se não reunirem as apontadas exigências legais de competência profissional e boa reputação.

O sistema de registo parece-nos um passo positivo, desde logo pelo diálogo entre os supervisores - ASF, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e Banco de Portugal (BdP) -, com a consagração de um regime legal de presunção de idoneidade se a pessoa em causa estiver já registada como idónea junto de outro dos supervisores do sistema financeiro.

Contudo, nas exigências atinentes à qualificação das pessoas singulares dirigentes, **a proposta de lei podia e devia ter densificado os conceitos indeterminados da Directiva, o que não fez, limitando-se a reproduzi-los, com a transcrição das expressões que genericamente enformam o pressuposto de qualificação, como *conhecimentos e experiência adequados*.**

Já na implementação do binómio qualificação-idoneidade, a proposta de lei nacional vai até um pouco além da Directiva e acrescenta disponibilidade, capacidade e independência, o que se saúda.

Quanto ao requisito de idoneidade, a proposta de lei cinge-se à reprodução *ipsis verbis* do critério (do art. 30.º-D) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, o que se compreende por razões de coerência e homogeneidade, pois, como dissemos já, a opção foi de presunção de idoneidade para todo o sistema financeiro, presumindo-se idónea a pessoa já registada como tal junto da CMVM ou do BdP.

Noutra perspectiva, aplaudimos na proposta de lei de transposição a promoção da igualdade de género quanto à composição dos órgãos dirigentes dos fundos de pensões, estabelecendo-se que a política interna de selecção das pessoas deverá fixar objectivos de representação entre homens e mulheres e conceber uma política destinada a aumentar o número de pessoas do género sub-representado.

Com acerto, Portugal exerce o *opt in* e determina que cada fundo de pensões designe um depositário para guarda dos activos, sendo que a IORP II permite que os Estados-Membros exijam a designação de depositário apenas para os fundos em que os participantes e os beneficiários suportem integralmente o risco de investimento.

Já quanto aos deveres de informação, a proposta de lei podia e devia ter sido mais fiel ao espírito do legislador comunitário, com uma norma de enunciação dos princípios gerais dos deveres de informação e não apenas com disposições dos requisitos de informação em função de cada tipo de fundo de pensão.

Nota-se um alinhamento com o regime de acesso à actividade seguradora, desde logo no que toca à conduta de mercado e à definição dos requisitos quantitativos aplicáveis às seguradoras que gerem fundos de pensões. Mas, ao contrário do que a proposta de lei promete na exposição de motivos, é escassa a remissão para as normas do diploma da comercialização de seguros. Aqui, devia, pelo menos, remeter para as disposições específicas dos deveres de informação que são bem rigorosos em matéria de distribuição e comercialização de produtos de investimento com base em seguros.

Sublinhamos que a proposta de lei podia e devia ter enunciado expressamente os grandes princípios aplicáveis em sede de deveres de informação, matéria tão sensível e tão importante para o cidadão, na medida em que os instrumentos de poupança individual de reforma são temas em que a linguagem técnica e a complexidade exige particular atenção do legislador na protecção dos destinatários da informação - cidadãos investidores não profissionais -, à semelhança do que acontece, por exemplo, na legislação que regula a informação relativa a instrumentos financeiros.

Assim, o novo regime de fundos de pensões, desde logo por ser aplicável às denominadas adesões individuais a fundos abertos, devia prever com mais detalhe as exigências legais na comercialização e publicidade. A concentração de competências de supervisão na ASF não deve deixar lacunas na lei, à espera dos regulamentos emanados da nova autoridade, e com um lamento: a proposta de lei remete para a ASF a produção de normas regulamentares relativas aos requisitos de distribuição e não quanto aos requisitos de informação.

Saudamos a introdução de novas regras quanto à promoção comercial das adesões individuais a fundos de pensões abertos que obrigam a indicar a existência de um documento informativo completo e o modo e local para a sua obtenção, mas afigura-se-nos manifestamente insuficiente a proibição de os

elementos promocionais conterem informações em contradição com o documento informativo ou que apouquem a importância do mesmo, pois bem sabemos como é poderosa e criativa a linguagem publicitária.

Quanto às exigências de governação, a proposta de lei segue *grosso modo* a Directiva, embora não possamos deixar de sublinhar duas notas negativas: por um lado, Portugal podia não ter usado (mas usou) o direito de excepcionar a regra da direcção efectiva dos fundos de pensões por duas pessoas e permite que a ASF autorize fundamentadamente a direcção por uma só pessoa e, por outro lado, não seguiu todos os critérios previstos na IORP II para tal acontecer, porque a Directiva refere que os Estados-Membros podem autorizar a direcção efectiva apenas por uma pessoa com base numa avaliação fundamentada da autoridade competente, avaliação essa que deve ter em conta, entre outros factores, o papel dos parceiros sociais na gestão global do fundo de pensões, o que a proposta de lei não contempla, permitindo a excepção com base em decisão fundamentada da ASF, ponderados somente a dimensão, natureza, escala e complexidade das actividades do fundo em questão.

Ainda relativamente à governação, de notar também na proposta de lei a falta da exigência de que a entidade gestora documente "*por escrito*" as políticas relativas à gestão de risco, como a Directiva impõe, constando apenas a demanda de "*políticas devidamente documentadas*".

Quanto à política de investimento, **a proposta de lei também não é fiel ao espírito da IORP II** que solicita que os Estados-Membros assegurem que as IRPPP elaborem uma "*declaração escrita de princípios da política de investimento*" e a proposta de lei de transposição cria até uma certa confusão entre "*política de investimento*" e "*declaração de princípios*", ao dizer que as "*entidades gestoras elaboram uma política de investimento*" (que se inclui no contrato de gestão do fundo) e logo a seguir estabelece que "*as entidades*

gestoras elaboram ainda uma declaração de princípios da política de investimento", ou seja, reporta-se à política de investimentos e à declaração de princípios como se fossem documentos diferentes, o que julgamos não condizer com a melhor interpretação da Directiva, a qual menciona a *declaração escrita de princípios da política de investimento* como documento da máxima importância e até solene, num certo sentido, desde logo pela exigência da formalidade da redução a escrito.

Em contraponto, a ASF pode estabelecer normas regulamentares para as políticas de investimento que as entidades gestoras terão de seguir na definição das estratégias de gestão dos activos de cada fundo de pensões.

Nas regras de investimento, encontramos de novo uma proposta de lei de transposição nacional um pouco arredia do espírito da IORP II, porque, se por um lado, decalca da Directiva a proclamação do princípio do gestor prudente, por outro, não é totalmente clara a transpor a regra da predominância do investimento dos activos dos fundos em mercados regulamentados. **A formulação legal é confusa, apesar da nota positiva de Portugal não ter exercido o direito de *opt out*, quanto à regra da diversificação e desconcentração de investimento, mantendo-a outrossim nas aplicações em obrigações do tesouro**. Também aqui a proposta de lei, como a Directiva permite, contempla a possibilidade de a ASF estabelecer normas regulamentares com regras de investimento mais pormenorizadas e mais estritas, prudencialmente justificadas.

A proposta de lei, mantém duas estruturas de governação dos fundos de pensões herdadas do anterior regime e que se inspiram em experiências de direito comparado e na nossa cultura de mediação: a comissão de acompanhamento e o provedor dos participantes e beneficiários.

Os fundos de pensões fechados (ou adesões colectivas a fundos abertos) serão assistidos obrigatoriamente por uma comissão de acompanhamento a quem cabe verificar o cumprimento das disposições legais, formular propostas e demais funções que lhe sejam atribuídas no contrato constitutivo do fundo de pensões respectivo. **O único aspecto a lamentar é que no acervo de representantes do fundo na comissão de acompanhamento, entre associados, participantes e beneficiários, a lei atribua a estes dois últimos apenas o mínimo conjunto de um terço do total dos representantes**. Em homenagem ao principal objectivo do regime, de protecção dos direitos dos participantes e beneficiários dos fundos de pensões, exigia-se que a lei lhes conferisse maior poder de representação.

Nas adesões individuais a fundos de pensões abertos, a lei impõe a existência de um provedor dos participantes e beneficiários, designado pela entidade gestora ou pelo fundo, de entre entidades ou peritos independentes de reconhecido prestígio e idoneidade, a quem cumpre receber reclamações e apreciá-las, podendo também apresentar recomendações em sequência. A entidade gestora acata ou recorre aos tribunais ou meios de resolução extrajudicial de litígios, sendo que o provedor deve publicitar anualmente as recomendações feitas bem como a sua adopção, nos termos a fixar em norma regulamentar emanada da ASF.

Esta subdivisão de tipologias de fundos de pensões em abertos e fechados, não sendo exclusiva, é marcadamente portuguesa. Existia já no regime anterior e deriva da concretização dos três pilares do modelo social europeu, em que o primeiro pilar corresponde aos regimes de pensões obrigatórios (da Segurança Social), o segundo pilar é constituído pelos planos de pensões ditos empresariais (fechados) e o terceiro pilar representa os planos de pensões individuais (abertos).

Em jeito de balanço, da leitura inicial da proposta de lei de transposição da IORP II, diremos que os direitos dos participantes e beneficiários saem reforçados, como a Directiva pretende, desde logo com os poderes que dela resultam para a entidade de supervisão nacional (a ASF). **Desejavelmente, as disposições relativas às políticas e regras de investimento sofrerão ajustes e clarificações na formulação dos seus comandos, com a evidência do papel-chave da declaração de princípios e da regra de escolha de activos em mercados regulamentados**. E os princípios gerais dos deveres de informação merecem e postulam a devida autonomização no texto da lei, em linha com as melhores práticas legislativas, *v.g.* na protecção dos direitos dos consumidores e dos investidores não profissionais em instrumentos financeiros.