

## NOTA TÉCNICA

### QUADRO LEGAL DA COBRANÇA DAS COMISSÕES DE GESTÃO QUE SÃO DEVIDAS À ASF PELA ADMINISTRAÇÃO DOS DOIS FUNDOS QUE TEM SOB A SUA RESPONSABILIDADE

#### I. Enquadramento

1. Nos termos do artigo 6º do seu estatuto<sup>1</sup>, a ASF tem por missão assegurar o regular funcionamento do mercado segurador e dos fundos de pensões, através da promoção da estabilidade e solidez financeira das entidades sob a sua supervisão, bem como da garantia da manutenção de elevados padrões de conduta por parte das mesmas, com vista ao objetivo principal de proteção dos tomadores de seguros, segurados, subscritores, participantes, beneficiários e lesados.
2. Nos termos do artigo 7º, nº 1, alínea j), do seu Estatuto, é também atribuição da ASF gerir “os fundos que lhe sejam confiados por lei”.
3. A lei confiou ao Conselho de Administração da ASF a gestão de dois fundos com autonomia administrativa e financeira: FGA<sup>2</sup> e o FAT<sup>3</sup>.
4. Ambos os fundos têm duas facetas:
  - (i) São serviços administrativos não personalizados com uma missão pública determinada que importa prosseguir;
  - (ii) São patrimónios autónomos, compostos por ativos financeiros e património imobiliário que importa gerir.
5. ASF, FGA e FAT têm orçamentos distintos, prevendo as leis que os enquadram receitas e despesas diversas.
6. Ambos os fundos têm receitas próprias<sup>4</sup>.
7. Ambos os fundos têm despesas tipificadas<sup>5</sup>, incluindo as relativas ao seu funcionamento.
8. De facto, nos termos da lei são encargos do FGA, entre outros relacionados com a sua razão de existência, os “decorrentes da regularização dos sinistros participados e os custos inerentes à instrução e gestão dos processos de sinistro e de reembolso”, bem como “outros encargos relacionados com a gestão do Fundo” [artigo 59º, alíneas a) e f) do regime do FGA].

---

<sup>1</sup> Aprovado pelo Decreto-lei nº 1/2015, de 6 de janeiro.

<sup>2</sup> Cf. o nº 2 do artigo 47º do Decreto-Lei nº 291/2007, de 21 de agosto, nos termos do qual “os órgãos do Instituto de Seguros de Portugal [hoje: «ASF»] asseguram a gestão do Fundo de Garantia Automóvel”.

<sup>3</sup> Cf. o nº 1 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 142/99, de 30/4, nos termos do qual “o FAT funciona junto do Instituto de Seguros de Portugal, (...), [hoje: «ASF»] a quem compete a sua gestão técnica e financeira”.

<sup>4</sup> Cf. o artigo 58º do regime do FGA e o artigo 3º do regime do FAT.

<sup>5</sup> Cf. o artigo 59º do regime do FGA e o artigo 4º do regime do FAT.

9. E são encargos do FAT, nos termos da lei, entre outros relacionados com a sua razão de existência, “as despesas administrativas decorrentes do seu funcionamento” [artigo 4º, alínea b) do regime do FAT].
10. Quer os já mencionados estatutos da ASF, quer o Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto, quer o Decreto-Lei n.º 142/99, de 30 de abril, preveem que os órgãos da ASF assegurem a gestão do Fundo de Garantia Automóvel e do Fundo de Acidentes de Trabalho (neste caso, o Decreto-Lei n.º 142/99 prevê que é a ASF quem assegura a gestão), mas não preveem que a ASF financie quaisquer custos associados ao funcionamento destes fundos ou à respetiva gestão financeira e patrimonial.
11. O FGA e o FAT são meros patrimónios autónomos e não têm pessoal, equipamentos ou instalações próprias, não pagando diretamente dos seus orçamentos todos serviços necessários ao seu funcionamento, mas apenas alguns serviços específicos relacionados com os processos concretos que gerem (*v.g.*, patrocínio judicial, peritagens, agentes de execução, etc.).
12. O FGA e o FAT funcionam com os recursos humanos, logísticos e organizacionais da ASF ou contratados por esta entidade. Estão em causa, como exemplo: trabalhadores, instalações e rendas, equipamentos informáticos, automóveis, energia, telecomunicações e serviços postais, serviços jurídicos diversos, serviços informáticos, serviços de gestão de recursos humanos e de processamento de salários, formação e respetiva organização, serviços de economato e de aquisição de bens e serviços, incluindo de *procurement*, serviços financeiros e de apoio orçamental, serviços estatísticos, de gestão de comunicação e imagem, estudos atuariais, de gestão de reclamações, de agenciamento de viagens, de limpeza, de segurança e vigilância, serviços burocráticos, incluindo a preparação de documentação oficial, serviços de auditoria, entre outros.
13. Há ainda que ter em conta os serviços de gestão dos ativos que compõem o FGA e o FAT, prestados pela ASF com os recursos desta entidade.
14. Como se referiu, apenas uma parte circunscrita dos serviços a que o FAT e o FGA recorrem para o desempenho da sua missão é paga diretamente com recurso aos seus orçamentos. Estão em causa serviços relacionados com os processos concretos que aqueles fundos gerem (ou seja, como se disse acima, sobretudo serviços de patrocínio judicial, peritagens, agentes de execução, etc.). A estes acrescem as indemnizações, pensões e outras atribuições patrimoniais a que os fundos estão obrigados por força dos respetivos regimes legais. Tudo o resto é pago pela ASF com recurso ao seu orçamento.
15. Por sua vez, a atividade de supervisão da ASF é financiada pelas taxas previstas no artigo 38º do seu estatuto, pagas pelos seus supervisionados, ou seja, pelas empresas de seguros, pelas entidades gestoras de fundos de pensões, pelos mediadores de seguros e pelas entidades promotoras de cursos de formação de mediadores.
16. Constitui também receita própria da ASF o produto da prestação de serviços [artigo 37º, nº 1, alínea b) do estatuto da ASF].
17. O Conselho de Administração da ASF considera ilegítimo financiar as despesas em que incorre com o funcionamento do FGA e FAT (que dispõem de receitas próprias que, nos termos da

lei, devem financiar o respetivo funcionamento e as respetivas despesas) com recurso ao produto das taxas cobradas aos seus supervisionados (destinadas a outros fins), o que significaria prescindir de repercutir no orçamento daqueles fundos aquelas despesas que a ASF tem com o funcionamento do FGA e do FAT e com a respetiva gestão financeira e patrimonial. Dada a inexistência de estudos anteriores aos agora promovidos, não está garantido que este princípio tenha sido sempre respeitado.

18. Ainda não está implementado na ASF e fundos por ela geridos um sistema de contabilidade de gestão ou analítica, pelo que não é possível recorrer a esse método para imputar aos orçamentos do FGA e do FAT os custos em que a ASF incorre com o funcionamento daqueles fundos.
19. Assim, a ASF cobra anualmente ao FGA e FAT “comissões de gestão” para cobrir os custos do respetivo funcionamento e pela sua gestão financeira e patrimonial. Estas “comissões de gestão” têm sido cobradas pela ASF ao FGA e ao FAT ao longo de mais de duas décadas, sempre tendo sido considerado pelas sucessivas administrações que têm enquadramento legal.
20. Até 2019 o método utilizado para o respetivo cálculo consistia no apuramento de duas parcelas: parcela de custos com pessoal diretamente afeto às Unidades Orgânicas<sup>6</sup> dos Fundos e parcela constituída por um montante que variava de ano para ano.
21. Este modelo carecia de aperfeiçoamentos na respetiva fundamentação.
22. O modelo atualmente instituído – que substituiu o critério de imputação parcial de despesas aos fundos, referido no ponto anterior – foi decidido no ano de 2019 e foi objeto de aplicação pela primeira vez no exercício orçamental de 2020.
23. Passou-se a aplicar uma comissão de gestão calculada pela aplicação de uma taxa sobre o valor do ativo líquido do balanço de cada um dos fundos. Esta taxa foi apurada tendo por referência as taxas de mercado aplicadas pelas entidades gestoras de fundos, mas está abaixo das taxas normais de mercado.
24. O Conselho de Administração considera esta metodologia legítima, adequada e conforme à lei, sem prejuízo de ter continuado a promover estudos tendentes a aperfeiçoamentos, sempre possíveis e desejáveis.
25. Nesse contexto, e de forma a apurar definitivamente o enquadramento legal aplicável nesta matéria, a ASF entendeu consultar dois reputados professores de Direito – os Professores Tiago Duarte e Eduardo Paz Ferreira<sup>7</sup> –, sobre as seguintes questões:
  - A. Visto a ASF não dispor de uma contabilidade analítica ou de gestão, pode imputar aos orçamentos do FGA e FAT as despesas do respetivo funcionamento e da sua gestão financeira e patrimonial por via da cobrança de comissões de gestão calculadas de acordo com práticas de mercado ou de acordo com soluções paralelas de outros fundos (públicos ou privados)?

---

<sup>6</sup> As Unidades Orgânicas do FGA e do FAT são os departamentos da ASF que zelam pelo cumprimento das atribuições dos fundos.

<sup>7</sup> O Professor Eduardo Paz Ferreira desenvolveu a análise desta questão juntamente com a Professora Ana Perestrelo de Oliveira.

- B. Não havendo uma solução explícita prevista na lei para o cálculo de tais “comissões”, que critérios podem ser tidos em conta para o respetivo cálculo? Deve atender-se à dimensão patrimonial e/ou responsabilidades a cargo dos fundos? Podem ser tomadas como referencial as taxas de gestão de fundos praticadas pelo mercado? Que solução é juridicamente mais enquadrável numa ideia de razoabilidade e proporcionalidade?

## **II. Obrigatoriedade de o FGA e o FAT suportarem os custos com o seu funcionamento e gestão e proibição de a ASF financiar esses custos**

26. Os dois juriconsultos são perentórios ao afirmar a “legalidade financeira” da prática de a ASF cobrar comissões de gestão ao FGA e ao FAT, para cobrir as despesas em que incorre com os respetivos custos de funcionamento.
27. Ambos os pareceres concluem de forma clara que não cabe à ASF e que cabe ao FGA e ao FAT suportar os custos com a respetiva gestão e com o seu funcionamento. Também concluem que a ASF não pode suportar esses custos com as suas receitas próprias, que são destinadas a outros fins. Ora, dada a inexistência de estudos anteriores aos agora promovidos, não está garantido que este princípio tenha sido sempre respeitado.
28. De acordo com o Professor Paz Ferreira, «a ASF — por ser responsável pela gestão do Fundo [de Garantia Automóvel] — suporta custos que juridicamente pertencem ao referido Fundo e que, portanto, têm a este de ser imputados.» Embora alguns custos dos processos geridos pelo FGA sejam diretamente imputados ao seu orçamento, «é importante assegurar a repercussão dos custos restantes, os quais não devem ser suportados em termos finais, mas apenas operacionais ou intermédios, pela ASF com recurso ao seu orçamento.»
29. Relativamente ao FAT, refere-se que «o facto de a ASF, no cumprimento da sua função de gestão técnica e financeira, suportar custos que legalmente são atribuídos ao fundo implica, também neste caso, a necessidade de se encontrar mecanismos de imputação ao mesmo».
30. E em jeito de resumo: «as situações jurídicas que visam os fins próprios para que é constituído o património autónomo devem ser-lhe imputadas. Não há dúvidas de que a necessidade de a gestão ser assegurada por outra entidade — no caso pela ASF — tem necessariamente um impacto meramente operacional, não alterando a imputação que deve existir dos custos e proveitos assumidos pela ASF ao FGA e ao FAT.»
31. Assim: «À luz da caracterização de ambos os Fundos como patrimónios autónomos e da delimitação da responsabilidade da ASF pela gestão dos mesmos, torna-se evidente que esta entidade:
- (i) não deve suportar os custos inerentes ao funcionamento e à gestão do FGA e FAT pois estes competem em exclusivo ao FGA e ao FAT.
  - (ii) está mesmo legalmente impedida de suportar essas despesas: o estatuto de autonomia patrimonial e a tipificação legal das receitas e das despesas, quer dos Fundos, quer da ASF, pressupõem que umas e outras sejam usadas para os fins primários próprios de cada uma das entidades, os quais se mantêm distintos não obstante a ASF ser encarregue da gestão técnica e financeira dos fundos. As entidades

consideradas têm missões específicas a ser prosseguidas com os seus próprios meios, numa lógica de consignação. As receitas do FGA, do FAT e da ASF são, qualquer delas, empregues para as atribuições respetivas, de tal forma que se receitas da ASF servirem para realizar funções que incumbam a qualquer das outras entidades deve assegurar-se uma repercussão a título secundário nas mesmas.»

32. O Parecer prossegue: «Para além de a responsabilidade financeira do FGA e do FAT resultar da respetiva autonomia administrativa e financeira — *maxime* da referida afetação finalística (*Zweckbindung*) à prossecução de um interesse distinto do seu titular e do “efeito de separação patrimonial” —, a insuscetibilidade de as receitas da ASF responderem pela realização de missões que juridicamente não lhe incumbem é também função do *imperativo de afetação das receitas próprias da ASF ao cumprimento dos seus fins legais, maxime de supervisão.*»
33. E mais adiante, conclui-se do seguinte modo: «as receitas do FGA e do FAT devem assumir os custos gerais do seu funcionamento. Não é compatível com as atribuições e forma de financiamento da ASF suportar despesas pelas quais não é legalmente responsável. Está, pois, a ASF impedida de utilizar o seu orçamento para suportar despesas às quais é juridicamente alheia, não obstante a relevância do seu papel de gestão. Assim, a repercussão financeira da gestão do FGA e do FAT nestas entidades constitui, não uma opção, mas um imperativo legal, que visa garantir o próprio princípio jurídico-fiscal da equivalência, decorrência do princípio constitucional da igualdade (artigo 13.º da CRP).»
34. Estas mesmas ideias resultam também do parecer do Professor Tiago Duarte, embora com outra formulação.
35. De acordo com a sua análise, «a não imputação das despesas *latu sensu* com a gestão dos Fundos aos respectivos fundos conheceria três obstáculos relevantes:
  - a) em primeiro lugar, surge ao arrepio da lógica da qualificação dos fundos como patrimónios autónomos, dotados de autonomia financeira e, como tal, responsáveis pelas suas próprias despesas. Com efeito, decorre do art. 59.º do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de Agosto, que o FGA tem despesas próprias, onde se incluem, nos termos a alínea f) “outros encargos relacionados com a gestão do Fundo, nomeadamente avisos e publicidade”. Ora, tendo em consideração a natureza meramente exemplificativa dos exemplos oferecidos pela referida alínea, o que ressalta é que o FGA responde autonomamente pelos encargos relacionados com a gestão do Fundo. O mesmo se passa com as despesas do FAT, previstas no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 142/99, de 30 de abril. Com efeito, não faria igualmente sentido que o Fundo respondesse pelas “despesas administrativas decorrentes do seu funcionamento”, se aí não se incluíssem todas as despesas relacionadas com a gestão do fundo, o que implicará uma leitura abrangente do conceito de “despesas administrativas”.
  - b) em segundo lugar, a não imputação aos referidos Fundos das despesas relacionadas com a sua gestão, implicaria que em vez de serem as receitas provenientes dos “contribuintes” para o Fundo a suportarem essas despesas, seriam antes as receitas provenientes dos “contribuintes” para a ASF a suportarem essas despesas. Com efeito, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 37.º dos Estatutos da ASF, constituem receitas da ASF, “as contribuições e taxas previstas no artigo seguinte”. E, nos termos do n.º 1 do art. 38.º, determina-se quais

são as entidades sujeitas à aplicação de uma “taxa anual de supervisão”, não se incluindo, aí, como “contribuintes”, nem o FGA, nem o FAT. Ora, a natureza jurídica da taxa anual de supervisão está, naturalmente, dependente da existência de uma relação, mais ou menos sinalagmática, entre quem contribui e quem beneficia, algo que não existiria no caso de as despesas de gestão do FGA e do FAT serem suportadas pela ASF. É que, nesse caso, o FGA e o FAT beneficiavam, sem contribuírem, enquanto as entidades sujeitas à taxa anual de supervisão estariam a contribuir, sem (na parte relacionada com os custos da gestão dos fundos) beneficiar. Ora, nos termos da alínea a) do n.º 2 do art. 36.º da Lei 67/2013, de 28 de agosto, que aprovou a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, pode ler-se que as “contribuições, taxas ou tarifas” são cobradas “pelo exercício da atividade reguladora ou pelos serviços prestados ou pela remoção de um obstáculo jurídico”, o que impediria a cobrança de uma taxa às entidades reguladas que seja, ainda que parcialmente, usada para outro fim que não o previsto na lei quando autoriza a cobrança dessas taxas, contribuições ou tarifas.

- c) em terceiro lugar, a não imputação aos referidos Fundos, das despesas relacionadas com a sua gestão não segue a prática existente na maioria dos casos de fundos públicos em Portugal, onde, como se verá, de modo mais ou menos explícito, a tendência é claramente (mesmo nos Fundos sem personalidade jurídica) a de imputar tais custos aos Fundos geridos por entidades públicas, o mesmo se passando no caso de Fundos privados geridos por sociedades gestoras de fundos.»
36. Em suma, e tal como vem sendo defendido pela ASF, para ambos os jurisconsultos citados é muito claro que os custos com a gestão e funcionamento do FGA e do FAT devem-lhes ser imputados; e que a ASF não pode afetar as suas receitas próprias a despesas que não estão na origem da sua cobrança e para as quais a lei estabeleceu outras fontes de financiamento.
37. Assim sendo, a cobrança ao FGA e ao FAT de comissões que visem compensar a ASF pelas despesas em que incorre com a gestão daqueles fundos não só é legal como é mesmo obrigatória, ou seria violada a autonomia patrimonial de cada uma das três entidades envolvidas e o princípio de que as taxas cobradas devem ser exclusivamente afetadas aos fins que justificaram a respetiva criação. O atual Conselho de Administração agiu em conformidade com esta obrigação em 2019 na preparação do orçamento de 2020.

### **III. Método de imputação**

38. Alcançadas estas conclusões, os pareceres dedicam-se depois a aferir qual a melhor forma de compensar a ASF pelos custos em que incorre com a gestão administrativa e financeira do FGA e do FAT.
39. Dada a inexistência de uma contabilidade analítica ou de gestão na ASF – essa solução, preconizada para a Administração Pública, dada a sua complexidade, ainda não pode ser adotada pela generalidade dos organismos públicos, incluindo algumas de referência – reconhece-se a necessidade de encontrar uma solução alternativa que permita repor a normalidade financeira, posta em causa se a ASF cobrir sem a devida compensação as

despesas do FGA e do FAT. Estas preocupações estiveram já na base da preparação dos orçamentos de 2020 e 2021.

40. No seu parecer, o Professor Tiago Duarte demonstra amplamente que no panorama nacional, a regra é efetivamente a de as entidades que gerem fundos/patrimónios autónomos cobrarem uma comissão destinada a compensar essa atividade. Assim, refere que «da análise comparativa da maioria dos Fundos públicos portugueses não dotados de personalidade jurídica, resulta que não se encontrou um único caso em que – de um modo explícito – se previsse legalmente a não imputação das despesas com a gestão do fundo ao orçamento desse mesmo fundo. (...) O que diverge é, assim, o cálculo do montante das despesas a imputar ao Fundo, sendo que enquanto nalguns regimes jurídicos se faz uma menção genérica, (...), na maioria dos casos a contabilização dos custos é feita de modo “forfeitário” através da determinação de uma percentagem sobre um determinado valor do Fundo. Nota-se, porém, que, mesmo nestes casos, existem variações, não só relativamente à percentagem prevista, como relativamente ao valor que é tomado como referencial para a aplicação da referida percentagem. Assim sendo, a mera comparação das percentagens torna-se incapaz de fornecer uma pista segura sobre o valor “forfait” adequado, não só por as percentagens incidirem sobre realidades diferentes, como, também, pelo facto de as despesas associadas à gestão de diferentes fundos poderem ser muito díspares, de fundo para fundo.»
41. E conclui: “Mais uniformes parecem ser, ao invés, os critérios utilizados por parte das sociedades gestoras de fundos privados, apesar de não existir legislação específica que regule o modo de calcular as referidas comissões de gestão, pelo que tem sido essencialmente o mercado a ditar essa uniformidade de critérios. (...) Na prática do mercado, parece estar estabilizada a cobrança de uma comissão de gestão de 2% sobre o património do fundo (...)» Em todo o caso, «quer a definição do universo sobre o qual deve recair uma percentagem a cobrar a título de comissão de gestão, seja o valor da própria percentagem dependerá de uma avaliação, a efetuar pelos órgãos próprios da ASF, tendo em conta o valor dos fundos e o valor aproximado dos custos que a gestão desses mesmos fundos importa, o que, inclusivamente, poderá levar à aplicação de soluções diferenciadas entre o FGA e o FAT.»
42. Em suma, para o Professor Tiago Duarte, «Tendo em consideração que o objectivo legal é o de imputar aos fundos geridos pela ASF as despesas relacionadas com o seu funcionamento e gestão, deverão utilizar-se os critérios considerados mais adequados, no respeito pelos princípios da boa administração, da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a evitar uma cobrança excessiva de despesas. Para esta tomada de decisão, poderão utilizar-se os referenciais que sejam considerados mais adequados (também por comparação, *mutatis mutandis*, com as opções legais tomadas para outros fundos públicos sem personalidade jurídica em situação análoga à do FGA e do FAT), tendo em consideração a natureza e o valor do Fundo, bem como a natureza das despesas envolvidas, o que pode variar de fundo para fundo e até ao longo do tempo, sempre procurando uma solução que respeite o princípio da proporcionalidade, na sua tríplice natureza de adequação, de razoabilidade e de justa medida.
43. Numa linha equivalente a este pensamento, diz o Professor Paz Ferreira que «(...) a discriminação de custos seria a solução natural para permitir a sua imputação aos reais titulares. Assim, de entre os custos suportados pela ASF, destrinçar-se-ia os custos que se

reportam à gestão daqueles dois fundos e far-se-ia a imputação com base no método de cobertura de custos (*Kostendeckungsprinzip*), assegurando a consignação das receitas do FGA e do FAT às suas despesas (bem como a consignação das receitas da ASF às suas despesas próprias).

«Todavia, a praticabilidade desta solução de imputação dependeria da existência de contabilidade analítica ou de gestão que não existe nem no âmbito da ASF nem dos Fundos por si geridos. Ao contrário da contabilidade financeira, a contabilidade analítica permite efetivamente uma visão interna pormenorizada da entidade e fornece informação concreta acerca das suas diferentes áreas. Assim, seria nomeadamente possível detalhar os gastos envolvidos nas áreas operacionais associadas à gestão do FGA e do FAT. Na falta de tal sistema contabilístico na ASF, não é possível assegurar por essa via a equivalência entre a gestão efetuada e a remuneração recebida como contrapartida.

«Impõe-se, pois, encontrar uma via alternativa para assegurar um princípio de equivalência (*Äquivalenzprinzip*) na imputação ao orçamento do FGA e do FAT, assegurando o respeito pela afetação de receitas e despesas legalmente estabelecida.»

44. Prossequindo na sua análise, entende o Professor Paz Ferreira que «esta equivalência — no sentido de não desproporção — pode, em abstrato, ser assegurada por duas vias:
- (i) *Imputação pela via dos custos (Kostendeckung)*, a qual é inviável, como exposto, em virtude da ausência de contabilidade analítica;
  - (ii) *Imputação pela via dos benefícios (Vorteilsausgleich)*, solução adequada ao caso concreto e que consiste em o FGA e o FAT remunerarem a ASF tendo em conta os benefícios que colhem da respetiva gestão, ou seja, ao invés de serem imputados custos são imputados benefícios.

«Este critério de equivalência não é estranho. Pelo contrário, ele é usado a respeito dos tributos públicos e pode ser aqui utilmente convocado.»

«Nestes termos, a atribuição da responsabilidade financeira pela gestão ao FGA e ao FAT deve ter em conta a dimensão patrimonial do fundo, devendo ser aplicada uma comissão de gestão cuja estrutura tenha em conta o objetivo de compensação dos benefícios. Para tal, é adequado assumir a situação financeira real do fundo como referencial na estruturação da comissão de gestão.»

45. E prossegue ainda: «Nestes termos, a solução razoável é fazer incidir a comissão de gestão sobre o património líquido. Este valor representa o efetivo valor do FGA e do FAT, o qual vai necessariamente variando em função da evolução dos diferentes ativos de que estes fundos são titulares. Não se procura, através deste modelo, refletir os custos da gestão em si — os quais certamente não variam em função do valor dos ativos — mas atender à verdadeira situação da entidade em jogo. Perante a insuscetibilidade de assumir como referencial as concretas despesas, a solução de fazer incidir uma taxa sobre o valor do ativo líquido do balanço do fundo significa, em síntese, a gestão ser remunerada tendo em conta a efetiva situação financeira do fundo. Assegura-se a equivalência não pela via da cobertura dos custos, pois falta a contabilidade analítica, mas pela via dos benefícios que advêm da gestão. Mantém-se o objetivo da bilateralidade entre serviço e sua remuneração e a lógica de equilíbrio ou



proporcionalidade (ou não desproporção) entre prestação e contraprestação. Assim se garante que a gestão se repercute em termos financeiros nos Fundos enquanto patrimónios autónomos, conforme é imperativo legal, e que o orçamento da ASF é efetivamente aplicado na prossecução da sua missão principal, respeitando-se substancialmente a consignação das contribuições enquanto tributos parafiscais comutativos aos fins que as fundamentam.»

46. O parecer do Professor Paz Ferreira ocupa-se depois de encontrar um referencial que possa fundamentar a fixação de uma taxa adequada, analisando a possibilidade de tomar como referencial os fundos de investimento privados.
47. De facto, e «não obstante as naturais diferenças de situações, a analogia é clara. A diferença natural de missões e o enquadramento jurídico-público distinto não escondem, sobretudo, que a componente de gestão patrimonial *proprio sensu* levada a cabo pela ASF e pelas entidades gestoras [de fundos de investimento] é semelhante, estando sempre em jogo a gestão de património alheio de acordo com regras de prudência e tomando igualmente como referência para a fixação da remuneração os benefícios que advêm dessa mesma gestão.
48. «Também no caso das entidades gestoras de fundos de investimento vigora um princípio de independência absoluta entre os patrimónios da entidade gestora e dos fundos por si geridos. A compensação financeira suportada pelo fundo enquanto património autónomo visa remunerar a atividade de gestão que deve ser assumida pelo fundo.
49. Justificando o paralelismo existente, o parecer do Professor Paz Ferreira explica que «A atividade de gestão de fundos de investimento é regulada pela Lei n.º 16/2015, de 24 de fevereiro, que aprovou o Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo (RGOIC). Nos termos do artigo 2.º/1/u), fundos de investimento são “os patrimónios autónomos, sem personalidade jurídica, pertencentes aos participantes no regime geral de comunhão”. Uma vez que não dispõem de personalidade nem órgãos próprios, compete às entidades gestoras a prática de todos os atos e operações necessários ou convenientes à boa gestão e administração do fundo ou fundos por si geridos, de acordo com critérios de elevada diligência, competência profissional, cuidado e lealdade (artigo 66.º do RGOIC), com particular destaque para:
  - a gestão do património (seleção, aquisição e alienação dos ativos, e exercício dos direitos relacionados com os mesmos).
  - administração do próprio fundo (incluindo a prestação dos serviços jurídicos e de contabilidade necessários à gestão do fundo, a avaliação da carteira e das unidades de participação, a emissão de declarações fiscais, o cumprimento e controlo da observância das normas aplicáveis, dos documentos constitutivos do fundo e dos contratos celebrados no âmbito da atividade destes, a emissão, resgate e reembolso das unidades de participação, os procedimentos de liquidação e compensação, o registo e conservação dos documentos, e a prestação dos serviços necessários ao cumprimento das suas obrigações fiduciárias).
50. «O artigo 67.º determina que “o exercício da atividade de gestão de organismo de investimento coletivo é remunerado através de uma comissão de gestão, podendo esta incluir uma componente variável calculada em função do desempenho do organismo de investimento coletivo (...)”.

51. Pelo que se conclui que é «razoável e proporcional a solução de aplicar uma comissão de gestão que toma como referência (aplicando embora um desconto) as taxas normais de mercado cobradas pelas entidades gestoras [de fundos de investimento]. Assim se respeita o princípio administrativo e constitucional da proporcionalidade e se assegura substantivamente a consignação das receitas da ASF, do FGA e do FAT.»

#### IV. Conclusões

52. Em suma, e tal como tem vindo a ser defendido pela ASF, os professores de Direito consultados apontam no sentido de que:

- (i) É conforme à lei a ASF cobrar ao FGA e ao FAT comissões de gestão destinadas a cobrir os custos em que incorre com a administração desses fundos.
- (ii) Seria ilegal não repercutir no FGA e no FAT os custos em que a ASF incorre com a respetiva gestão.
- (iii) De facto, nos termos da lei, devem ser o FGA e o FAT a suportar os seus custos e os benefícios que decorrem do facto de ser a ASF a gerir esses patrimónios autónomos;
- (iv) E a ASF está legalmente impedida de suportar pelo seu orçamento e com as suas receitas próprias específicas (cobradas para outros fins) as despesas em que incorre com a gestão administrativa, patrimonial e financeira do FGA e do FAT (a não ser a título “provisório”, enquanto entidade gestora);
- (v) Na ausência de uma contabilidade de gestão ou analítica na ASF e fundos, um método fundamentado de cálculo dos **benefícios** dos fundos com a sua gestão pela ASF é uma forma adequada de compensar a ASF pelos custos em que incorre. Tal como será uma imputação de **custos** por estimativa fundamentada (com base em contabilidade de gestão ou, entende-se, método próximo ou equivalente).
- (vi) Em todo o caso, o método que tem vindo a ser seguido pela ASF – ou seja a cobrança de uma comissão de gestão tendo por base práticas de mercado paralelas – é adequado, proporcional e, sobretudo, é legal;
- (vii) O montante dessa comissão pode ter como referencial as comissões cobradas por fundos de investimento (privados).

53. O Departamento Jurídico da ASF subscreve a conclusão pela legalidade financeira da compensação da ASF, por via de comissões cobradas ao FGA e ao FAT, destinadas a cobrir os custos em que incorre com a respetiva gestão, custos que devem ser suportados pelos orçamentos daqueles fundos e não pelo orçamento da ASF, cujas receitas se destinam exclusivamente ao exercício de funções de supervisão. Já em 2019 o Departamento Jurídico tinha dado parecer no sentido dos pareceres dos Professores agora consultados.

54. No que respeita ao cálculo de tais comissões, na ausência de uma contabilidade analítica ou de gestão na ASF, FGA e FAT, como acima se referiu são adequadas metodologias de cálculo que tenham como referencial as práticas de mercado, designadamente no que concerne a fundos de investimento.

55. Enquanto a ASF não dispõe de uma contabilidade analítica ou de gestão, podem ser adotadas metodologias de definição e concretização das comissões a aplicar com base numa aproximação à contabilidade analítica ou de gestão, desde que devidamente fundamentadas.
56. Uma possibilidade inteiramente legítima é a identificação das despesas da ASF imputáveis ao FGA e ao FAT por via da aplicação de uma *proxy* ao que seria uma contabilidade analítica.
57. Este método é compatível com o que é defendido pelos Professores de Direito consultados, visto que estes apontam para referenciais (como as comissões de gestão dos fundos de investimento) mas havendo ainda uma necessidade de concretização – que pode ser obtida pela aplicação da referida *proxy* ao que seria uma contabilidade analítica.
58. Essa combinação de critérios e metodologias é desejável, por forma a que se possa conferir estabilidade às comissões de gestão e evitar o seu aumento por via do crescimento em cada ano da base de cálculo, os ativos dos fundos, incluindo por via do efeito da respetiva capitalização.
59. Por fim, é de referir que uma vez que qualquer exercício de preparação orçamental é uma mera previsão da receita e da despesa, nada impede o Conselho de Administração da ASF de ajustar, no decurso da execução orçamental, as comissões orçamentadas ao concreto desenvolvimento da despesa em que a ASF incorre com a gestão dos fundos, designadamente por via da redução das taxas aplicadas ou dos montantes absolutos cobrados.