

Governança e outsourcing no sector financeiro*

DR. MARTIM KRUPENSKI**

For a large class of cases – though not for all – in which we employ the word meaning it can be defined thus: the meaning of a word is its use in the language game.

WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations* (1953)

SUMÁRIO: 1. Corporate governance e outsourcing governance. 2. Fontes. 3. Controlo material: 3.1. Possibilidade condicionada de outsourcing: 3.1.1. Quanto ao tipo de actividade; 3.1.2. Quanto ao tipo de actividade e (também) quanto ao sujeito; 3.2. Impossibilidade absoluta de outsourcing. 4. Controlo formal. 5. Controlo de execução: 5.1. Controlo da entidade externalizadora; 5.2. Controlo da auditoria interna; 5.3. Controlo da autoridade de supervisão. 6. Conclusão. Bibliografia. Relatórios oficiais. Apêndice.

1. Corporate governance e outsourcing governance

Corporate governance (ou governação das organizações) pode ser definido como o “sistema através do qual as sociedades são dirigidas e controladas”¹, ou, para abandonar o campo tautológico, como o “sistema de normas jurídicas, de práticas e de comportamentos relacionados com a estrutura dos poderes decisórios – incluindo a administração, a direcção e demais órgãos directivos – e a fiscalização

* O presente artigo é publicado ao abrigo da colaboração estabelecida entre a Revista de Direito das Sociedades e o Governance Lab, grupo de investigação jurídica dedicado ao governo das organizações (www.governancelab.org).

** Advogado (Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados – Sociedade de Advogados, RL). Membro do Governance Lab.

¹ JOINT FORUM, *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (The Cadbury Report)*, 1992, p. 15 (disponível em www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf).

das organizações, compreendendo nomeadamente a determinação do perfil funcional dos atores organizativos e titulares de órgãos e corpos organizativos e as relações entre estes, os titulares de capital, os associados ou os fundadores e os outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da organização (*stakeholders*)”².

Esse sistema envolve inter alia:

- Um conjunto de relações entre a gestão da empresa, o seu órgão de administração, os seus acionistas e outros sujeitos com interesses relevantes.
- A estrutura através da qual são fixados os objetivos da empresa e são determinados e controlados os meios para alcançar esses objetivos.
- Os incentivos adequados para que o órgão de administração e os gestores prossigam objetivos que sejam do interesse da empresa e dos seus acionistas, devendo facilitar uma fiscalização eficaz^{3/4}.

É sabido que, tal como refere Paulo Câmara, existe um progressivo reconhecimento da especificidade do governo das sociedades do sector financeiro, atendendo ao “particular círculo de sujeitos afetados (*stakeholders*)”, nomeadamente depositantes, ao “típico perfil de risco destas instituições” e ao “risco sistémico que pode ser determinado por desequilíbrios verificados nestas instituições” – cujos efeitos tão vincadamente vivenciámos (e vivenciamos)⁵. Em conformidade, o sector financeiro tem sido objeto de diversas intervenções

² PAULO CÂMARA, “Vocação e Influência Universal do ‘Corporate Governance’: Uma Visão Transversal sobre o Tema”, in *O Governo das Organizações – A Vocação Universal do Corporate Governance*, Coimbra, 2011, p. 14.

³ OECD *Principles on Corporate Governance*, 2004, p. 11 (www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf; versão portuguesa em www.oecd.org/daf/corporateaffairs/corporategovernanceprinciples/33931148.pdf).

⁴ Tal delimitação não é neutra, em face das duas aproximações ao tema que têm sido tradicionalmente feitas: uma em cujo foco é colocado na relação entre os acionistas e a administração (*control-oriented*) e uma outra que releva a estrutura organizativa geral da sociedade e inclui também outros titulares de interesses relevantes, tais como credores e trabalhadores (*stakeholder-oriented*). Parece-nos, contudo, que, após a crise financeira internacional, ressaltando algumas opiniões mais extremadas, essas diferenças são hoje apenas de grau, sendo – independentemente das convicções políticas ou económicas – uma evidência que o papel das organizações (sobretudo no sector financeiro) transcende o interesse dos seus titulares. A este respeito, cf., p.e., SOFIE COOLS, *The Real Difference in Corporate Law Between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers*, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 30, no. 3, 2006, pp. 699 e ss. (disponível em: <http://ssrn.com/abstract=893941>), e PEER ZUMBANSEN, *Neither ‘Public’ Nor ‘Private’, ‘National’ Nor ‘International’: Transnational Corporate Governance from a Legal Pluralist Perspective*, York University, 2010, pp. 21-24 (disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1626338).

⁵ Ob. cit., pp. 20-21.

regulatórias específicas, claramente reforçadas em resultado da recente crise financeira internacional, destacando-se, entre muitas outras iniciativas, o *Green Paper on Corporate Governance in Financial Institutions and Remuneration Policies* da Comissão Europeia, de Junho de 2010⁶, e os *Principles for Enhancing Corporate Governance*, cuja versão final foi aprovada pelo Comité de Basileia em Supervisão Bancária em Outubro de 2010⁷.

Razões similares justificam que há já algum tempo venha a ser dada uma especial atenção ao *outsourcing* no sector financeiro.

O *outsourcing* pode ser definido genericamente como “a contratação por uma empresa de uma entidade exterior para produzir determinados serviços, em vez de os produzir internamente”⁸⁻⁹. Ora, tal externalização, em geral, mas sobretudo quando feita no sector financeiro, suscita diversas preocupações de governação (*outsourcing governance*), porquanto, como é sabido, falhas e fraquezas dos sistemas de gestão de riscos são consistentemente apontados como uma das causas mais importantes da recente crise financeira internacional¹⁰. Pode afirmar-se sem dificuldade que uma governação forte é fundamental para o sucesso de qualquer

⁶ Disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2010_284_en.pdf.

⁷ Disponível em <http://www.bis.org/publ/bcbs176.pdf>.

⁸ SEBASTIÃO NÓBREGA PIZARRO, *O Contrato de Outsourcing*, Coimbra, 2010, p. 5.

⁹ Opta-se por manter o termo *outsourcing* em língua inglesa e não utilizar o termo subcontratação, por vezes utilizado como sinónimo daquele. Com efeito, um subcontrato é um contrato através do qual um sujeito de um outro contrato (usualmente denominado contrato-base) estabelece com um terceiro (subcontratado) a execução de prestações derivadas do contrato-base. Como é sabido, nestes casos, o subcontratante é responsável pelos danos causados pelo subcontratado no incumprimento (mediato) do contrato-base (artigos 500.º e 800.º do Código Civil) – cf., a esse respeito, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, Coimbra, 1989, pp. 188 e ss.; PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra, 2011, pp. 388-393. A subcontratação pressupõe, pois, a existência de um contrato-base, do qual deriva. O *outsourcing* não depende da existência de tal contrato, podendo corresponder apenas à contratação de terceiros para desempenhar serviços antes desempenhados internamente (tal como a OCDE, aliás, o define). Também PAULO CÂMARA mostra que nem todas as situações previstas no CVM nos artigos 308.º a 308.º-C, subsecção cuja epígrafe é *subcontratação*, correspondem tecnicamente a casos de subcontratação – nomeadamente o *outsourcing* de atividades operacionais aí contemplado (*Manual...*, cit., p. 389).

¹⁰ Cf., p.e., GRANT KIRKPATRICK, *The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis*, OECD, 2009, pp. 6 e ss. (versão pré-publicada disponível em http://www.agilentia.ch/images/stories/documents/OECD_CorporateGovernance_2009.pdf); ERIK F. GERDING, *Code, Crash, and Open Source: The Outsourcing of Financial Regulation to Risk Models and the Global Financial Crisis*, Washington Law Review Association, 2009, pp. 151 e ss. (disponível em http://www.rmi.gsu.edu/research/downloads/2010/Gerding_Author_Finaledits.pdf), este último focando essencialmente o *outsourcing* a que recorrem os próprios reguladores.

negócio de *outsourcing*¹¹ e, muito em especial, para o sucesso do *outsourcing* no sector financeiro¹².

As principais preocupações (e soluções) gerais do *outsourcing* no sector financeiro são comuns às áreas bancária e de investimento. Elas estão bem sintetizadas no n.º 1 do artigo 308.º do Código dos Valores Mobiliários (CVM), que estabelece¹³ que o *outsourcing* (ou subcontratação, na terminologia do CVM) de atividades de intermediação financeira ou de funções operacionais essenciais à prestação de serviços de forma contínua e em condições de qualidade e eficiência pressupõe a adoção das medidas necessárias para evitar *riscos operacionais adicionais* e só pode ser feito se não prejudicar o *controlo interno* nem a capacidade de a autoridade competente *controlar o cumprimento*, pela empresa, de todos os seus deveres legais e regulamentares.

(Evitar ou gerir o) *risco*, (manter o) *controlo* e (permitir a) *supervisão* constituem assim a *troika* do *outsourcing* no sector financeiro.

2. Fontes

À semelhança do *corporate governance* em geral, existem múltiplas fontes de direito no *outsourcing governance*, destacando-se as fontes legislativas (internacionais, europeias e nacionais), infra legislativas ou regulamentares e quase-normativas (*soft law*)¹⁴. Em contraste com outras áreas do direito, o *soft law* tem sido uma peça essencial no tratamento das questões de *governance* desde, sobretudo, a década de 1990, quando, em 1992, surgiu “o documento fundador do moderno *corporate governance*”, o citado *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (The Cadbury Report)*.

No que respeita em concreto ao *outsourcing*, já em Fevereiro de 2005, e portanto num documento ainda “imune” à crise financeira, o *Joint Forum* ou Fórum Conjunto¹⁵ alertava para questões de transferência e gestão de risco associadas com

¹¹ ALAN SIMMONDS/DAVID GILMOUR, “Governance of Outsourcing”, in *IT Governance Domain Practices and Competencies*, IT Governance Institute, 2005, p. 7 (disponível em <http://www.isaca.org/Knowledge-Center/Research/Documents/Outsourcing.pdf>).

¹² Não se trata neste artigo das especificidades relacionadas com empresas de seguros, organismos de investimento coletivo, fundos de pensões e conglomerados financeiros. No entanto, as observações dele constantes aplicam-se, em grande medida, a estas entidades.

¹³ Em termos semelhantes aos do n.º 5 do artigo 13.º da Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros (DMIF).

¹⁴ Vide, a esse respeito, PAULO CÂMARA, *Manual...cit.*, pp. 57-85.

¹⁵ Cuja composição é a seguinte: Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), International Organization of Securities Commissions (IOSCO) e International Association of Insurance Supervisors (IAIS).

o *outsourcing* de serviços financeiros (frequentemente numa base transfronteiriça), dando conta de que o *outsourcing* pode ter um impacto negativo na capacidade de as entidades reguladas gerirem adequadamente os seus riscos e monitorizarem o cumprimento de regras legais e regulamentares, bem como de demonstrarem perante as autoridades regulatórias essa mesma capacidade de gestão e monitorização – questões particularmente relevantes nas atividades críticas para a viabilidade da empresa e para o cumprimento das respetivas obrigações perante os clientes¹⁶. No mesmo mês, também a International Organization of Securities Commissions (IOSCO) publicava os seus *Principles on Outsourcing of Financial Services for Market Intermediaries*¹⁷, aludindo à *perda de controlo* das instituições financeiras relativamente às áreas de negócio conduzidas em *outsourcing*. E em 2006, dois anos após a alteração aos famosos *Principles on Corporate Governance* da OCDE (aprovados inicialmente em 1998 e revistos em 2004), o *Committee of European Banking Supervisors* [predecessor da *European Banking Authority* – EBA] publicou as suas “Orientações sobre *Outsourcing*”¹⁸ (datadas de 14 de Dezembro de 2006 – “Orientações”), considerando-as necessárias em função das implicações do *outsourcing* numa *supervisão prudencial efectiva*¹⁹. A gestão de riscos é também uma

¹⁶ Documento esse intitulado *Outsourcing in Financial Services* (disponível em <http://www.bis.org/publ/joint12.pdf>) – doravante Princípios Orientadores. Este documento fornece também alguns dados interessantes no que respeita a atividades objeto de *outsourcing*, motivos para o *outsourcing* e abordagens legislativas ao *outsourcing* em diversos países. Entre as áreas objeto de *outsourcing* contam-se (começando pelas que mais utilizam o *outsourcing*) Tecnologias de Informação (IT), tarefas administrativas, distribuição e logística, finanças (*finance*), recursos humanos, produção, centros de contacto/atendimento, vendas/marketing, imobiliário e transportes. Os motivos declarados para o *outsourcing* na banca são (começando pela mais mencionada) redução de custos, acesso a novas tecnologias, permitir o foco no *core*, economias de escala, libertação de recursos, qualidade de serviço e flexibilidade.

¹⁷ Disponível em <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD187.pdf>.

¹⁸ *Guidelines on Outsourcing*, disponível em <http://www.eba.europa.eu/getdoc/f99a6113-02ea4028-8737-1cdb33624840/GL02OutsourcingGuidelines-pdf.aspx>; tradução portuguesa em apêndice a este artigo, da exclusiva responsabilidade do signatário).

¹⁹ Nas Orientações, *outsourcing* é definido como “o uso por uma entidade autorizada [instituições de crédito autorizadas] de uma entidade terceira (o ‘prestador de serviços de outsourcing’) para a realização de atividades que normalmente seriam realizadas pela entidade autorizada, no presente ou no futuro. O prestador pode ser ele mesmo uma entidade autorizada ou não autorizada”. Em termos similares, a Diretiva 2006/73/CE da Comissão de 10 de Agosto de 2006, que aplica a Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito aos requisitos em matéria de organização e às condições de exercício da atividade das empresas de investimento e aos conceitos definidos para efeitos da referida diretiva, define “subcontratação” (utilizando este termo como sinónimo de *outsourcing*, termo que consta da versão em língua inglesa) como “qualquer acordo, independentemente da sua forma, concluído entre uma empresa de investimento e um prestador de serviços, ao abrigo do qual este realiza um processo, presta um serviço ou desenvolve uma atividade que, de outro modo, seriam realizados pela própria empresa de investimento”.

preocupação central das Orientações, onde a palavra “risco” é trazida à colação 26 vezes²⁰.

Sendo a *soft law* uma fonte muito relevante nesta matéria, o legislador tem procurado também dar resposta às especificidades do *outsourcing governance* no sector financeiro e, com efeito, em paralelo com os *standard-setters* internacionais, também os legisladores nacional e europeu têm dedicado atenção crescente à matéria²¹. Em matéria de direito europeu, destaca-se a Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros (DMIF)²² e a Diretiva 2006/73/CE da Comissão, de 10 de Agosto de 2006, que aplica a DMIF no que diz respeito aos requisitos em matéria de organização e às condições de exercício da atividade das empresas de investimento e aos conceitos definidos para efeitos da referida diretiva (Diretiva 2006/73/CE, Diretiva de Execução ou DMIF 2)²³. No plano nacional, o destaque vai para o Código dos Valores Mobiliários²⁴, nomeadamente a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro – que justamente transpõe para o ordenamento jurídico interno, entre outras, a DMIF e a Diretiva 2006/73/CE.

Confrontando o sector bancário e o sector mobiliário²⁵, verifica-se existir uma assimetria no que respeita às fontes normativas reguladoras de cada uma das áreas: se, por um lado, na área bancária, predominam as fontes de natureza recomenda-

²⁰ Não deve ignorar-se, porém, que, tal como justamente realçado pelos comentários recebidos no âmbito da segunda consulta pública prévia à publicação das Orientações, o *outsourcing*, desde que adequadamente enquadrado, também pode contribuir para mitigar riscos, nomeadamente quando o prestador de serviços de *outsourcing* dispõe de mais meios, melhor organização e controlo interno efetivo (cf. *Feedback to the 2nd Public Consultation of Consultation Paper No. 2* ver “*Guidelines on Outsourcing*” – doravante *Feedback às Orientações* –, disponível em http://www.eba.europa.eu/getdoc/339ceeac-6799-4ae0-98a8-ac6df31db435/GL02-20Outsourcing_-20Feedback.aspx).

²¹ PAULO CÂMARA dá mesmo conta, relativamente à matéria de *corporate governance* em geral, de “um certo endurecimento normativo dos tópicos de *governance*, em progressiva (embora não total) erosão do espaço deixado à *soft law* e à autonomia privativa de cada organização” (*Vocação...* cit., p. 10).

²² Cf. artigo 13.º, n.ºs 2 e 5 (primeiro parágrafo).

²³ Cf. Capítulo II, Secção 2 – artigos 13.º a 15.º.

²⁴ Cf. artigos 308.º a 308.º-C.

²⁵ No âmbito do sector financeiro, vale a pena mencionar ainda (embora tal não seja objeto de análise no presente artigo) a existência de normas expressas sobre *outsourcing* na área seguradora, normas essas que estão em linha com as que ora se analisam, nomeadamente na Diretiva 2009/138/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II) [cf. artigos 13.º, n.º 28, 34.º, n.º 7, 38.º, 41.º, n.º 3 e 49.º].

tória (nomeadamente as Orientações)²⁶, em matéria de serviços de investimento²⁷ as fontes são marcadamente legislativas (DMIF, Diretiva 2006/73/CE e CVM).

Proceder-se-á em seguida à análise das normas, princípios e orientações de *soft law* e de *hard law* relevantes no âmbito do *outsourcing* no sector financeiro, bem como ao delinear das bases comuns ao *outsourcing* bancário e ao *outsourcing* de serviços de investimento, bases essa que se desvelam no mapeamento dos *tipos de controlo* normativo ou quase-normativo exercido sobre esta atividade. De tal exposição decorrerá também a existência de alguns princípios-chave enquadradores dos regimes jurídicos em análise, como oportunamente se salientará²⁸.

3. Controlo material

3.1. Possibilidade condicionada de outsourcing

3.1.1. Quanto ao tipo de actividade

Apesar de inúmeras similaridades, existem também algumas diferenças relevantes entre as Orientações e a DMIF/DMIF 2 (e o CVM), diferenças que a EBA reconhece, justificando-as essencialmente com os respetivos domínios de aplicação. Aquando da submissão a consulta pública, pela segunda vez, das suas Orientações²⁹, a EBA (então CEBS) argumenta que as Orientações são dirigidas a instituições de crédito que normalmente dispõem de autorização geral para a prática de todas as atividades bancárias³⁰, incluindo serviços de investimento (caso

²⁶ A Diretiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Março de 2000, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício, não tem regras específicas quanto ao *outsourcing*.

²⁷ Abrangendo, por isso, as instituições de crédito que prestem um ou mais serviços e/ou atividades de investimento [n.º 2 do artigo 1.º da DMIF e alínea a) do n.º 1 do artigo 293.º do CVM].

²⁸ Sublinha-se que não se pretende, neste artigo, descrever o regime legal aplicável à *subcontratação* de serviços de investimento constante do CVM, mas antes dar o quadro geral das normas e princípios mais relevantes do *outsourcing* de serviços financeiros (e mesmo aí sem preocupação de esgotar os temas). Dado, no entanto, tratar-se da principal fonte de direito positivo nacional relativo a esta matéria, procurar-se-á, em paralelo com a exposição, dar conta de algumas soluções específicas do CVM nas matérias em análise. Para uma visão geral, mas global, do regime do CVM, cf. PAULO CÂMARA, *Manual...cit.*, pp. 388-393.

²⁹ Cf. *Consultation Paper – Standards on Outsourcing*, de 6 de Abril de 2006 (doravante *Consultation Paper*), disponível em [http://www.ibm.com/ibm/governmentalprograms/pdf/enterCEB Soutsourcing.pdf](http://www.ibm.com/ibm/governmentalprograms/pdf/enterCEB%20outsourcing.pdf) (as “Orientações” [*Guidelines*] eram então denominadas “Standards”).

³⁰ Cf. Diretiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Março de 2000, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício, e artigo 1.º da DMIF.

em que também lhes são aplicáveis as regras da DMIF/DMIF 2), ao passo que a DMIF é dirigida a prestadores de serviços de investimento (que podem ser também instituições de crédito). Refere ainda que as Orientações visam a supervisão prudencial, em contraste com a DMIF, que estaria mais focada na condução dos negócios dos seus destinatários diretos – o que explicaria o foco das Orientações na gestão de risco, o centro (*core*) da atividade de supervisão.

Em resultado desse entendimento³¹, subsistem algumas diferenças entre as Orientações e a DMIF/DMIF 2. A maior parte dessas diferenças são de grau ou são *nuanças* na concretização de princípios (apesar disso comuns)³², mas existe uma diferença significativa no que respeita às atividades abrangidas pelas regras de *outsourcing* (materialidade).

A DMIF/DMIF 2 apenas se aplicam ao *outsourcing* de funções operacionais essenciais ou importantes (*critical or important*).

Com efeito, no n.º 5 (primeiro parágrafo) do artigo 13.º da DMIF (transposto pelo n.º 1 do artigo 308.º do CVM) prevê-se que:

As empresas de investimento devem assegurar que, caso confiem a terceiros a execução de *funções operacionais essenciais* para a prestação de serviços de forma contínua e satisfatória aos seus clientes e para a execução de actividades de investimento numa base contínua e satisfatória, serão tomadas medidas razoáveis para evitar riscos operacionais adicionais. A subcontratação³³ de *funções operacionais importantes* não pode ser feita de tal modo que prejudique materialmente a qualidade do seu controlo interno ou a capacidade de a entidade supervisora controlar o cumprimento, pela empresa, de todas as suas obrigações.

De acordo com artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2006/73/CE (transposto pelo n.º 2 do artigo 308.º do CVM), devem ser consideradas essenciais ou importantes as seguintes funções:

³¹ E não deixa de ser curioso olhar para o âmbito de aplicação destes dois *regimes* à luz da ideia que se vem impondo quanto à necessidade de (voltar a) separar a banca de retalho da banca de investimento. Entre diversos exemplos, no Reino Unido foram já tomadas medidas concretas no sentido de promover essa separação e nos EUA Sandy Weill, antigo CEO do Citigroup e apontado como o principal responsável pela revogação do chamado *Glass-Steagall Act* (que justamente limitava essa união), é hoje um dos muitos que defendem uma separação entre banca de retalho e de investimento (veja-se a esse respeito a sua entrevista à CNBC de 25 de Julho de 2012).

³² O Consultation Paper faz uma síntese dessas diferenças a pp. 2-3.

³³ A palavra “subcontratação” é, doravante, utilizada algumas vezes como sinónimo de *outsourcing*, por ser essa a terminologia legal (veja-se, porém, na nota de rodapé 9, uma crítica a tal opção terminológica).

1. Para efeitos do n.º 5, primeiro parágrafo, do artigo 13.º da Directiva 2004/39/CE, uma função operacional *deve ser considerada essencial ou importante* se uma falha ou o insucesso do seu exercício prejudicar significativamente a prossecução do cumprimento, por parte de uma empresa de investimento, das condições e obrigações da sua autorização ou das outras obrigações previstas na Directiva 2004/39/CE, os seus resultados financeiros, a sua solidez ou a continuidade dos seus serviços e actividades de investimento.

No n.º 2 do mesmo artigo 13.º da Directiva 2006/73/CE (transposto pelo n.º 3 do artigo 308.º do CVM) excluem-se expressamente (de modo enunciativo) algumas actividades do âmbito das regras do *outsourcing*:

1. Sem prejuízo do estatuto de qualquer outra função, as seguintes funções não devem ser consideradas essenciais ou importantes para efeitos do n.º 1:

- a) A prestação à empresa de serviços de consultoria ou de outros serviços, que não façam parte das actividades de investimento da empresa, incluindo a prestação de consultoria jurídica à empresa, a formação do pessoal da empresa, os serviços de facturação e a segurança das instalações e do pessoal da empresa;
- b) A aquisição de serviços normalizados, nomeadamente serviços de informação sobre mercados, e a disponibilização de informações relativas a preços efectivos³⁴.

³⁴ O documento intitulado *Guideline on the Application of the Outsourcing Requirements Under the FSA Rules Implementing MiFID and the CRD in the UK*, preparado pelo MiFID Connect e datado de 16 de Maio de 2007, tenta ir um pouco mais longe na categorização das actividades que podem ou não constituir *outsourcing* de funções essenciais ou importantes.

No entendimento desse *fórum*, e embora ressalvando que estas questões devem ser analisadas caso-a-caso, é improvável que os seguintes acordos ou actividades constituam *outsourcing* ou, sendo-o, é improvável que constituam *outsourcing* de funções essenciais ou importantes: (a) Nomeação de subdepositários; (b) Participação em sistemas de liquidação e pagamento de Valores Mobiliários; (c) Prestação de assistência especializada não regular em matérias de controlo do cumprimento, auditoria interna, contabilidade ou gestão de risco; (d) Prestação de apoio logístico, p.e., limpeza, *catering* e aquisição de bens/serviços básicos; (e) Prestação de apoio em recursos humanos, p.e., trabalho temporário e processamento de salários; (f) Compra de *software* estandardizado “pronto para uso” ou contratação de um engenheiro de *software* para desenvolvimento de um *software* “à medida”; e (g) Assistência operacional *ad hoc* feita ao *software* estandardizado “pronto para uso” por prestadores de serviços de *software*.

Pelo contrário, será provável que os seguintes acordos ou actividades constituam *outsourcing* de funções essenciais ou importantes: (a) Prestação de assistência especializada regular ou constante em matérias de controlo do cumprimento, auditoria interna, contabilidade ou gestão de risco; (b) Prestação de serviços de controlo de risco de crédito e análise de risco de crédito; (c) Administração ou gestão de carteiras por parte de terceiros; (d) Serviços de armazenamento de dados (físico ou eletrónico); (e) Serviços contínuos de manutenção/apoio aos sistemas; e (f) Serviços

Já as Orientações usam o conceito de “*atividades materiais*”, nele incluindo: “(i) atividades de tal relevância que qualquer fraqueza ou falha na respetiva prestação possa ter um efeito significativo na capacidade da entidade autorizada cumprir as suas responsabilidades regulatórias ou desenvolver o seu negócio; (ii) quaisquer outras atividades cuja realização dependa de autorização da autoridade de supervisão; (iii) quaisquer atividades que tenham um impacto significativo na gestão de risco; e (iv) a gestão de riscos relacionados com essas atividades” (cf. Orientação 1.f)³⁵.

De acordo com a nota 2 à Orientação 5 são igualmente excluídas algumas atividades do âmbito das regras do *outsourcing*, em particular:

- 1) Áreas que potencialmente não constituem riscos relevantes e que, se dadas em *outsourcing*, não comprometerão o cumprimento das disposições constantes da Orientação 4.2 (ver abaixo); e
- 2) Serviços exclusivamente de consultoria utilizados pela instituição, por exemplo, consultoria jurídica ou fiscal, mesmo quando não limitada a aspetos ou projetos individuais.

Quer pela delimitação positiva (funções essenciais ou importantes vs. atividades materiais), quer pela delimitação negativa (atividades expressamente excluídas das definições), verifica-se que o campo de aplicação das Orientações é mais vasto do que o resultante da DMIF/DMIF 2, já que nas Orientações o *outsourcing* relevante abrange não apenas funções essenciais ou importantes, mas também a

contínuos de gestão de *software*/sistemas (p.e. quando um terceiro presta serviços de funcionalidade dia-a-dia e/ou executa *software* ou processos nos seus próprios sistemas).

Nota: o MiFID Connect é um projeto de uma série de entidades do Reino Unido que visa auxiliar os seus membros na implementação da DMIF nesse Reino [as entidades em causa são: The Association of British Insurers (ABI), The Association of Private Client Investment Managers and Stockbrokers (APCIMS), Association of Foreign Banks (AFB), The Bond Market Association, British Bankers' Association (BBA), Building Societies Association (BSA), Futures and Options Association (FOA), The International Capital Market Association (ICMA), Investment Management Association (IMA), The International Swaps and Derivatives Association (ISDA) e London Investment Banking Association (LIBA)]. Para uma descrição mais circunstanciada do projeto, cf. <http://www.mifidconnect.com/about-mifid-connect>. O *Guideline* está disponível em http://www.mifidconnect.com/downloads/MiFID_Connect_Outourcing_Guide.pdf.

³⁵ E mesmo em relação ao *outsourcing* de atividades não materiais, pese embora a Orientação 5 refira que “não deverá haver restrições no *outsourcing* de atividades não-materiais de entidades externalizadoras”, a nota 1 a essa Orientação sempre aproveita para lembrar que, nesses casos, “as entidades externalizadoras deverão gerir adequadamente os riscos relacionados com tais acordos de *outsourcing* a todo o tempo. Em linha com a Orientação 2, os quadros superiores da entidade externalizadora deverão ser inteiramente responsáveis por qualquer atividade externalizada”.

gestão de risco dessas atividades, outras atividades dependentes de autorização e atividades com um impacto significativo na gestão de risco. É, aliás, interessante, a esse respeito, atentar nos comentários feitos à segunda consulta pública e nas respostas dadas pela EBA, ambos constantes do Feedback às Orientações. Alguns respondentes³⁶ afirmaram expressamente que a definição de *atividades materiais* deveria ser limitada, uma vez que nem todas as atividades de gestão de risco podem ser consideradas materiais. Em conformidade, propunham que as Orientações adotassem a definição de *essencial ou importante* da DMIF ou, pelo menos e em alternativa, que excluíssem da definição proposta alguns dos seus segmentos (manutenção dos segmentos (i) e (ii) e a eliminação dos segmentos (iii) e (iv)³⁷ ou manutenção dos segmentos (i) e (iv) e a eliminação dos segmentos (ii) e (iii)³⁸). Na resposta, a EBA reconhece que o conceito de *materialidade* não é utilizado pela DMIF, mas rejeita liminarmente a ideia de equiparação entre as atividades abrangidas pelas Orientações e pela DMIF (ou a eliminação de segmentos da definição das Orientações), justamente por considerar que as regras do *outsourcing* no sector bancário não devem aplicar-se apenas a atividades essenciais ou importantes, mas igualmente a tudo que releve em termos de gestão de risco das instituições (bem como a atividades cujo exercício está sujeito a autorização).

Em conformidade, pode concluir-se que o primeiro segmento da definição de *atividades materiais*³⁹ parece coincidir materialmente com a delimitação da DMIF/DMIF 2 de *atividades essenciais ou importantes*, mas que a o intuito que presidiu às Orientações foi o de que as mesmas se aplicassem também a atividades que não sejam essenciais ou importantes, sempre que essas atividades:

³⁶ Que, aliás, começam por referir que a própria definição de *outsourcing* é demasiado ampla, pretendendo excluir dessa definição o *outsourcing* intragrupo (transfronteiriço ou não), o *outsourcing* de atividades não materiais e a delegação de funções numa base continuada/de processos (referem expressamente que o *business as usual* deverá ser excluído) – o que foi rejeitado pela EBA, embora com aceitação de que nestes casos, por aplicação do princípio da proporcionalidade, a aplicação das regras pode ser flexibilizada (a propósito do *outsourcing* intragrupo, consulte-se também o artigo 14.º, n.º 4, da DMIF 2 e o artigo 308.º-B, n.º 5, do CVM).

³⁷ A definição de *atividades materiais* ficaria nesse caso (note-se que quando os comentários foram feitos a ordem dos fatores na definição não era a que foi fixada a final): (i) atividades de tal relevância que qualquer fraqueza ou falha na respetiva prestação possa ter um efeito significativo na capacidade da entidade autorizada cumprir as suas responsabilidades regulatórias ou desenvolver o seu negócio; e (ii) a gestão de riscos relacionados com essas atividade.

³⁸ A definição de *atividades materiais* ficaria nesse caso: (i) Atividades de tal relevância que qualquer fraqueza ou falha na respetiva prestação possa ter um efeito significativo na capacidade da entidade autorizada cumprir as suas responsabilidades regulatórias ou desenvolver o seu negócio; e (ii) quaisquer atividades que tenham um impacto significativo na gestão de risco.

³⁹ Isto é, o segmento referente a atividades cuja fraqueza ou falha possa impactar negativamente no desempenho da atividade ou no controlo do cumprimento.

- Estejam dependentes de autorização regulatória; ou
- Possam ter um impacto significativo na gestão de risco; ou
- Sejam elas próprias de gestão de riscos relacionados com as anteriores.

3.1.2. *Quanto ao tipo de actividade e (também) quanto ao sujeito*

Existem atividades que o legislador/regulador considerou serem de tal modo importantes que só poderão ser dadas em *outsourcing* a entidades que também estejam autorizadas pelo regulador a exercer tais atividades.

Repare-se em que o critério aqui adotado não é apenas o de as atividades serem materiais, nem tão-pouco o de serem essenciais ou importantes. Há, de resto, funções essenciais ou importantes que não são serviços de investimento⁴⁰ ou “serviços bancários”⁴¹ e que, em *outsourcing*, são muitas vezes desempenhadas por entidades não autorizadas (por exemplo no *outsourcing* de Tecnologias de Informação); e há funções essenciais ou importantes que são serviços de investimento ou serviços bancários que podem ser dados em *outsourcing* a entidades não autorizadas a prestar esses mesmos serviços⁴²; e há, por último, serviços de investimento e serviços bancários que não podem ser objeto de *outsourcing* a terceiras entidades não autorizadas a prestar esses mesmos serviços – e são estes últimos que estão aqui em causa. A este respeito, as Orientações prescrevem que os serviços e atividades respeitantes a depósitos ou empréstimos que requeiram autorização da autoridade de supervisão só possam ser dados em *outsourcing* a entidades autorizadas (cf. Orientação 4.1⁴³).

Já as normas da MIFID 2 que constituem o “lugar paralelo” daquelas impedem em princípio (salvo autorização do regulador, que pode ser tácita) o *outsourcing* de serviços de investimento de gestão de carteira prestado a investidores não

⁴⁰ Cf. a lista de serviços de investimento (e de serviços auxiliares) no Anexo I à DMIF.

⁴¹ Cf. a lista das operações bancárias que beneficiam de reconhecimento mútuo no Anexo I à Diretiva 2000/12/CE.

⁴² Note-se que a entidade autorizada tem naturalmente de manter os requisitos de que depende a concessão da autorização [cf. alíneas *c*) e *d*) do n.º 1 do artigo 14.º da DMIF, alínea *e*) do n.º 1 do artigo 308.º-A do CVM e nota 4 à Orientação 2 das Orientações].

⁴³ “As entidades autorizadas não podem dar em *outsourcing* serviços e actividades respeitantes a depósitos ou empréstimos que requeiram autorização da autoridade de supervisão de acordo com a legislação bancária nacional aplicável, salvo se o prestador de serviços de *outsourcing*: (i) for detentor de uma autorização equivalente à autorização da entidade externalizadora; ou (ii) for de outro modo autorizado a desenvolver essas actividades nos termos do quadro legal nacional aplicável”.

qualificados a entidades não autorizadas (ou não sujeitas a supervisão prudencial) (cf. artigo 15.º da DMIF 2 e artigo 308.º-C do CVM⁴⁴)⁴⁵.

Depósitos e empréstimos (instituições de crédito) e gestão de carteiras de investidores não qualificados (empresas de investimento) constituem, assim, com a atividade de gestão, o núcleo do núcleo identitário do sector financeiro, cujo *outsourcing* legislador e reguladores entenderam – e bem – excluir ou limitar intensamente.

Extrai-se da análise que precede o seguinte princípio-chave:

Algumas atividades fundamentais (*core*) não devem ser objeto de *outsourcing* a entidades não autorizadas

[Orientação 4.1 das Orientações, no artigo 14.º, n.º 2, alínea a), da DMIF 2 e artigo 308.º-B, n.º 2, alíneas a) e b) do CVM, *inter alia*].

⁴⁴ Mais especificamente, sob a epígrafe *subcontratação de serviços de gestão de carteiras em entidades localizadas em países terceiros*, dispõe o artigo 308.º-C (transpondo o artigo 15.º da DMIF 2):

1 – Além do cumprimento dos requisitos previstos nos artigos 308.º-A e 308.º-B, um intermediário financeiro pode subcontratar o serviço de gestão de carteiras de investidores não qualificados a entidade localizada num país não pertencente à União Europeia, desde que:

- a) No seu país de origem, a entidade subcontratada esteja autorizada a prestar esse serviço e esteja sujeita a supervisão prudencial; e
- b) Exista um acordo de cooperação entre a CMVM e a autoridade de supervisão daquela entidade.

2 – Quando não se verificar qualquer das condições previstas no número anterior, um intermediário financeiro pode proceder à subcontratação junto de uma entidade localizada num país não pertencente à União Europeia, se a CMVM, no prazo de 30 dias após ter sido notificada da celebração do subcontrato, não levantar objecções ao mesmo.

3 – A CMVM divulga, nos termos do artigo 367.º:

- a) A lista das autoridades de supervisão dos países não pertencente à União Europeia com as quais tenha acordos de cooperação para efeitos da alínea a) do n.º 1;
- b) Uma declaração de princípios que inclua exemplos de situações em que, ainda que não se verificasse uma das condições previstas no n.º 1, a CMVM não levantaria objecções à subcontratação, incluindo uma explicação clara sobre as razões pelas quais, nesses casos, a esta não colocaria em risco o cumprimento das requisitos previstos nos artigos 308.º-A e 308.º-B.

⁴⁵ Embora não conste da subsecção dedicada à subcontratação, o n.º 3 do artigo 306.º-A (que transpõe o n.º 3 do artigo 17.º da DMIF 2) veda também o sub-depósito de instrumentos financeiros de clientes em país terceiro que não regule o registo e o depósito de instrumentos financeiros por conta de outrem, salvo se: i) a natureza dos instrumentos financeiros ou serviços de investimento associados assim o exijam; ou ii) os instrumentos em causa sejam detidos por conta de um investidor qualificado e este o tenha requerido por escrito.

3.2. *Impossibilidade absoluta de outsourcing*

Em consonância com o artigo 9.º da DMIF, quer a DMIF 2⁴⁶, quer as Orientações⁴⁷ definem *quadros superiores* como as pessoas que dirigem efetivamente o negócio da entidade empresa de investimento/instituição de crédito. A definição abrange, por isso, não apenas os membros dos órgãos societários de gestão, mas também outras pessoas que exerçam cargos de direção, chefia ou gerência, ou atuem em representação, legal ou voluntária, da entidade⁴⁸.

Um princípio fundamental que se extrai das diversas fontes em análise é o de que o *outsourcing* não deve resultar na delegação de funções desses quadros superiores. Na verdade, entende o Considerando 19) da DMIF que “a subcontratação que envolva a delegação de funções numa medida que transforme a empresa numa mera caixa de correio deve ser considerada como comprometendo as condições que a empresa de investimento deve respeitar, a fim de obter e continuar a beneficiar de uma autorização, de acordo com o artigo 5.º da Diretiva 2004/39/CE”. Em termos algo similares, as Orientações aludem à obrigação geral de os quadros superiores gerirem a empresa sob sua própria responsabilidade.

Em conformidade, o *core* da atividade de gestão (incluindo, inter alia, estratégia de risco, política e controlo do risco, supervisão de procedimentos e responsabilidade final perante clientes e autoridades reguladoras) não pode, simplesmente, ser objeto de *outsourcing*⁴⁹, devendo os quadros superiores assumir diretamente a execução das funções em causa.

⁴⁶ Artigo 2.º, n.º 9.

⁴⁷ Princípio 1.g).

⁴⁸ Uma opção semelhante consta, por exemplo, do artigo 80.º do Código das Sociedades Comerciais (em sede de responsabilidade civil dos administradores) e do artigo 204.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (em sede de responsabilidade contraordenacional individual).

⁴⁹ O artigo 308.º-A do CVM (*princípios aplicáveis à subcontratação*) é em grande parte dedicado ao desenvolvimento desta matéria [nomeadamente as alíneas b) e c) do n.º 1 e o n.º 2], pelo que vale a pena transcrevê-lo. Reza o seguinte:

1 – A subcontratação obedece aos seguintes princípios:

- a) Não deve resultar na delegação das responsabilidades do órgão de administração;
- b) Manutenção, pelo intermediário financeiro subcontratante, do controlo das actividades e funções subcontratadas e da responsabilidade perante os seus clientes, nomeadamente dos deveres de informação;
- c) Não esvaziamento da actividade do intermediário financeiro subcontratante;
- d) Manutenção da relação e dos deveres do intermediário financeiro subcontratante relativamente aos seus clientes, nomeadamente dos deveres de informação;
- e) Manutenção dos requisitos de que dependem a autorização e o registo do intermediário financeiro subcontratante.

Daqui decorre o seguinte princípio-chave:

As funções de quadros superiores (*senior management*) não podem ser objeto de *outsourcing*

[Princípio I dos Princípios Orientadores, Orientações 2 e 3 das Orientações, artigo 14.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 2, alínea *d*), da DMIF 2 e artigos 308.º-A, n.ºs 1 e 2, e artigo 308.º-B, n.º 3, alínea *c*), do CVM, *inter alia*⁵⁰⁾

4. Controlo formal

As fontes de *hard law* e de *soft law* que se vêm analisando exigem que o *outsourcing* seja formalizado por contrato escrito⁵¹, que defina os direitos e deveres das partes, nomeadamente os direitos e deveres que decorrem daquelas mesmas fontes⁵². As Orientações, na sua versão inicial, pugnavam ainda pela existência de um acordo escrito autónomo de níveis de serviço (*service level agreement – SLA*), mas, em face dos comentários dos respondentes à segunda consulta pública efetuada⁵³, a versão final não contém uma regra rígida nessa matéria, podendo os níveis de serviços constar do próprio contrato de *outsourcing*. Refira-se ainda que os mesmos

2 – O disposto na alínea *d*) do número anterior implica que o intermediário financeiro subcontratante:

- a) Defina a política de gestão e tome as principais decisões, se os serviços, as actividades ou as funções subcontratados implicarem poderes de gestão de qualquer natureza;
- b) Mantenha o exclusivo das relações com o cliente, aí incluídos os pagamentos que devam ser feito pelo ou ao cliente.

⁵⁰ Relativamente aos conglomerados financeiros, pode consultar-se ainda o Princípio 25 do *Consultative Document dos Principles for the Supervision of Financial Conglomerates* do Fórum Conjunto, de Dezembro de 2011, disponível em <http://www.bis.org/publ/joint27.pdf>

⁵¹ Vale a pena referir que o CVM tem uma regra específica quanto à *forma* dos contratos (o artigo 4.º), que dispõe o seguinte: “A exigência ou a previsão de forma escrita, de documento escrito ou de redução a escrito, feita no presente Código em relação a qualquer acto jurídico praticado no âmbito da autonomia negocial ou do procedimento administrativo, considera-se cumprida ou verificada ainda que o suporte em papel ou a assinatura sejam substituídos por outro suporte ou por outro meio de identificação que assegurem níveis equivalentes de inteligibilidade, de durabilidade e de autenticidade”.

⁵² Cf. n.º 3 do artigo 14.º da DMIF 2, o n.º 6 do artigo 308.º-B do CVM, Orientação 8 das Orientações e Princípio V dos Princípios Orientadores.

⁵³ Cf. nota 2 às Orientações no Feedback às Orientações e correspondente Observação 9 da versão das Orientações datada de 6 de Abril de 2006.

respondentes sugeriram a eliminação da obrigatoriedade de contrato escrito no *outsourcing* intragrupo, tendo a EBA mantido, contudo, tal obrigatoriedade⁵⁴⁻⁵⁵.

Tais contratos devem ser remetidos às autoridades reguladoras. No caso das empresas de investimento, o CVM prevê expressamente essa remessa é feita no prazo de 5 dias após a celebração⁵⁶. No caso das instituições de crédito, as Orientações não são totalmente explícitas quanto a este aspeto, estabelecendo que as entidades externalizadoras deverão “informar adequadamente” as autoridades de supervisão. Todavia, regista-se que a expressão “informar adequadamente” é já uma alteração à versão inicial, que previa expressamente a “pré-notificação”, tendo a EBA esclarecido que essa redação daria margem suficiente para as autoridades competentes a interpretarem em linha com os requisitos da DMIF 2 (i.e., prestação da informação a pedido da autoridade)⁵⁷.

Quanto ao conteúdo dos contratos⁵⁸, já se viu que os mesmos devem estabelecer os direitos e deveres das partes que decorrem das fontes normativas ou quase-normativas em análise. As Orientações vão um pouco mais longe nesta matéria e estabelecem um “guião” quanto ao conteúdo necessário do contrato.

Sem prejuízo das especificidades da legislação e regulamentação nacional⁵⁹, a nota 2 à Orientação 8 esclarece que o contrato dever ter o seguinte conteúdo mínimo⁶⁰:

- 1) Definição clara do objeto do contrato;
- 2) Especificação precisa e detalhada dos requisitos relativos à execução do serviço;

⁵⁴ Cf. Feedback às Orientações, nota 2 à Orientação 8.

⁵⁵ O facto de o *outsourcing* ser intragrupo não isenta a exigência de contrato escrito, mas permite alguma flexibilidade quanto ao cumprimento dos requisitos, em razão da ponderação do controlo ou influência exercidos pela entidade externalizadora sobre o prestado de serviços e a medida em que o prestador de serviços está integrado na supervisão consolidada do grupo (cf. n.º 5 do artigo 308.º-B do CVM).

⁵⁶ Cf. n.º 7 do artigo 308.º-B do CVM. Foi neste aspeto mais longe do que o exigido pela DMIF 2, que estabelece que “os Estados-Membros imporão às empresas de investimento que disponibilizem à autoridade competente, mediante apresentação de pedido, todas as informações necessárias para permitir a essa autoridade verificar se a realização das actividades objecto de subcontratação está de acordo com os requisitos constantes da presente directiva” (cf. n.º 5 do artigo 14.º).

⁵⁷ Cf. Feedback às Orientações, comentário à Orientação 4.3.

⁵⁸ É ainda recomendado que antes de celebração o contrato a entidade externalizadora avalie a capacidade de o prestador de serviços cumprir o contrato e as disposições da Orientações (isto é, realize uma *due diligence* prévia).

⁵⁹ E tendo ainda em consideração que o nível de monitorização, avaliação, inspeção e auditoria requerido pelo contrato deve ser proporcional aos riscos envolvidos e a dimensão e complexidade da atividade objeto de *outsourcing* (cf. nota 3 à Orientação 8).

⁶⁰ Vide redação integral no Apêndice a este artigo.

- 3) Definição em termos precisos e concretos dos direitos e obrigações das partes (incluindo necessariamente os deveres constantes das fontes normativas e quase-normativas);
- 4) Inclusão, se necessário, de cláusulas de rescisão (*termination*) e saída (*exit management*)⁶¹;
- 5) Disposições de proteção de informação confidencial, sigilo bancário e quaisquer outras informações de carácter confidencial⁶²;
- 6) Disposições que permitam a monitorização e avaliação do prestador de serviços pela entidade externalizadora⁶³;
- 7) Obrigação de o prestador de serviços de *outsourcing* dar à entidade externalizadora acesso total aos respetivos dados e aos auditores externos da entidade externalizadora direitos totais e irrestritos de inspeção e auditoria aos mesmos dados⁶⁴.
- 8) Obrigação de o prestador de serviços de *outsourcing* permitir o acesso direto da autoridade de supervisão da entidade externalizadora aos dados relevantes e às suas instalações⁶⁵.
- 9) Obrigação de o prestador de serviços de *outsourcing* informar imediatamente a entidade externalizadora, ou diretamente a autoridade de supervisão, de quaisquer alterações materiais das circunstâncias que possam ter um impacto material na prestação continuada dos serviços;
- 10) Disposições que confirmam à entidade externalizadora o direito a cessar unilateralmente o contrato com aviso prévio ou mediante resolução unilateral excecional sem aviso prévio, se a autoridade de supervisão requerer tal cessação⁶⁶.

Do que se vem de expor decorre o seguinte princípio-chave:

Deve ser celebrado um contrato escrito que defina os direitos e deveres da entidade externalizadora e do prestador de serviços

(Princípio V dos Princípios Orientadores, Orientação 8 das Orientações, artigo 14.º, n.º 3, da DMIF 2 e artigo 308.º-B, n.ºs 2 e 4 a 7, do CVM, *inter alia*).

⁶¹ A alínea *d*) do n.º 3 do artigo 308.º-B do CVM estatui que o intermediário financeiro deve poder cessar o contrato, sempre que necessário, sem prejuízo da continuidade e da qualidade dos serviços.

⁶² A alínea *h*) do n.º 2 do artigo 308.º-B do CVM contém disposição semelhante.

⁶³ As alíneas *a*) e *b*) do n.º 3 do artigo 308.º-B do CVM tratam também desta matéria.

⁶⁴ Também previsto na alínea *g*) do n.º 2 do artigo 308.º-B do CVM.

⁶⁵ As alíneas *f*) e *g*) do n.º 2 do artigo 308.º-B do CVM contém disposições semelhantes.

⁶⁶ Vide nota de rodapé 61.

5. Controlo de execução

Em matéria de controlo de execução, existem três princípios-chave, visando o controlo de execução realizado pelas entidades externalizadoras, pelos serviços de auditoria interna das entidades externalizadoras e pelas autoridades de supervisão.

5.1. *Controlo da entidade externalizadora*

As entidades externalizadoras mantêm-se responsáveis pela gestão de riscos associados ao *outsourcing*

[Princípio II dos Princípios Orientadores, Orientações 2, 6 e 7 das Orientações, artigo 14.º, n.º 2, alínea c), da DMIF 2 e artigos 308.º, n.º 1, e 308.º-B, n.º 2, alínea c), e n.º 3, do CVM, *inter alia*).

O sistema de gestão de risco tem hoje, ao lado do sistema de controlo do cumprimento (*compliance*) e da auditoria interna, acolhimento expresso no CVM (artigo 305.º-B, que transpõe o artigo 7.º da DMIF 2) e consiste “num conjunto de políticas e procedimentos para identificar e gerir os riscos relacionados com as suas atividades, procedimentos e sistemas e para considerar ou definir o nível de risco tolerado”⁶⁷.

Dado que o *outsourcing* pode ser fonte de riscos específicos (ou de agravamento dos existentes), a gestão de riscos passa necessariamente, como se referiu acima, pela circunstância de o *outsourcing* de quaisquer funções essenciais ou importantes ter de ser acompanhado por políticas e procedimentos destinadas a evitar riscos operacionais adicionais.

Mas a responsabilidade pela gestão de risco significa mais do que isso; é preciso não apenas garantir que as políticas sejam adotadas, mas também que sejam implementadas. Em conformidade, as entidades externalizadoras devem gerir continuamente os riscos relacionados com as atividades objeto de *outsourcing*. Para tanto, impõe-se, de uma banda, que as entidades externalizadoras tenham a capacidade técnica e os meios necessários para gerir os riscos associados ao *outsourcing* e, de outra banda, que a entidade externalizadora se assegure de que o prestador de serviços gere (também ele) adequadamente os riscos associados ao *outsourcing*⁶⁸. Finalmente, é importante que a entidade externalizadora tenha um

⁶⁷ Cf. PAULO CÂMARA, *Manual...cit.*, p. 381.

⁶⁸ Tal implica muitas vezes que a entidade externalizadora faça um procedimento prévio de auditoria (*due diligence*) ao prestador de serviços para garantir a capacidade deste. Mas mais ainda, o *governance* é hoje tão importante para o *outsourcing* que existem prestadores de serviços que eles mesmos auditam as entidades externalizadoras para se assegurar que estas dispõem das capacidades de *governance* necessária e só depois assinam contrato – cf. a este respeito BOB VIOLINO, *Governance: A Key to Outsourcing Success*, The Outsourcing Institute, 2008, pp. 2 e ss.

plano de contingência e possa tomar as medidas adequadas no caso de o serviço colocar em risco a atividade e que possa reganhar controlo sobre a atividade em causa (fazendo cessar o contrato sem quebra da continuidade do serviço), em caso de necessidade⁶⁹.

⁶⁹ Em direito positivo, tal corresponde fundamentalmente, no CVM, às regras constantes do n.º 2 (em parte), 3 e 4 do artigo 308.º-B do CVM (já o n.º 1 contém deveres gerais, o n.º 5 especificidades do *outsourcing* intragrupo e os n.ºs 6 e 7 questões de formalização contratual):

2 – O intermediário financeiro subcontratante deve assegurar que a entidade subcontratada:

- a) Tem as qualificações, a capacidade e a autorização, se requerida por lei, para realizar de forma confiável e profissional as actividades ou funções subcontratadas;
- b) Presta eficazmente as actividades ou funções subcontratadas;
- c) Controla a realização das actividades ou funções subcontratadas e gere os riscos associados à subcontratação;
- d) Dispõe de toda a informação necessária ao cumprimento do subcontrato;
- e) Informa o intermediário financeiro subcontratante de factos susceptíveis de influenciar a sua capacidade para exercer, em cumprimento dos requisitos legislativos e regulamentares aplicáveis, as actividades ou funções subcontratadas;
- f) Cooperar com as autoridades de supervisão relativamente às actividades ou funções subcontratadas;
- g) Permite o acesso do intermediário financeiro subcontratante, dos respectivos auditores e das autoridades de supervisão à informação relativa às actividades ou funções subcontratadas, bem como às suas instalações comerciais;
- h) Diligencia no sentido de proteger quaisquer informações confidenciais relativas ao intermediário financeiro subcontratante ou aos seus clientes.

3 – Além dos deveres previstos no número anterior, o intermediário financeiro subcontratante deve:

- a) Ter a capacidade técnica necessária para supervisionar as actividades ou funções subcontratadas e para gerir os riscos associados à subcontratação;
- b) Estabelecer métodos de avaliação do nível de desempenho da entidade subcontratada;
- c) Tomar medidas adequadas, caso suspeite que a entidade subcontratada possa não estar a prestar as actividades ou funções subcontratadas de modo eficaz e em cumprimento dos requisitos legais e regulamentares aplicáveis;
- d) Poder cessar o subcontrato, sempre que necessário, sem prejuízo da continuidade e da qualidade dos serviços prestados aos clientes;
- e) Incluir nos seus relatórios anuais os elementos essenciais das actividades ou funções subcontratadas e os termos em que decorreram.

4 – Sempre que necessário, tendo em conta as actividades ou funções subcontratadas, o intermediário financeiro subcontratante e a entidade subcontratada devem adoptar um plano de contingência e realizar ensaios periódicos dos sistemas de cópias de segurança.

5.2. *Controlo da auditoria interna*

A auditoria interna tem conhecido um grande desenvolvimento normativo, quer a nível de legislação bancária, quer a nível de legislação de intermediação financeira e tanto em fontes legais quanto regulamentares⁷⁰. O CVM (n.º 1 artigo 305.º-C) atribui as seguintes responsabilidades ao serviço de auditoria interna (que deve atuar com independência⁷¹):

- a) Adotar e manter um plano de auditoria para examinar e avaliar a adequação e a eficácia dos sistemas, procedimentos e normas que suportam o sistema de controlo interno do intermediário financeiro;
- b) Emitir recomendações baseadas nos resultados das avaliações realizadas e verificar a sua observância; e
- c) Elaborar e apresentar ao órgão de administração e ao órgão de fiscalização um relatório, de periodicidade pelo menos anual, sobre questões de auditoria, indicando e identificando as recomendações que foram seguidas⁷².

A auditoria interna destina-se, assim, essencialmente, a monitorizar e avaliar a eficácia do sistema de controlo interno, desempenhando, nesse sentido, funções de *guarda do guarda*.

Dado que em sede de *outsourcing* as questões de administração, gestão de risco e controlo do cumprimento assumem enorme relevância (vide análise aos outros princípios nestas páginas), facilmente se compreende a essencialidade de um escrutínio interno independente desse desempenho – e daí a autonomização do seguinte princípio:

As atividades objeto de *outsourcing* devem ser sempre acompanhadas pela auditoria interna da entidade externalizadora

[Princípio II dos Princípios Orientadores, Orientação 11 das Orientações, artigo 14.º, n.º 2, alíneas c), e) e i), da DMIF 2 e artigos 308.º, n.º 1, e 308-A, n.º 1, alínea b), do CVM, *inter alia*]

⁷⁰ Para uma sùmula desses desenvolvimentos e fontes de direito, cf. PAULO CÂMARA, *Manual...* cit., pp. 382–386.

⁷¹ E é, pois, conveniente que seja autónomo em termos organizacionais relativamente às áreas que controla.

⁷² Nos termos do disposto no n.º 2 do mesmo artigo 305.º-C o dever em causa é aplicável “sempre que adequado e proporcional, tendo em conta a natureza, a dimensão e a complexidade das atividades, bem como o tipo de atividades de intermediação financeira prestadas”.

5.3. *Controlo da autoridade de supervisão*

O regulador deve poder supervisionar a atividade do prestador de serviços de *outsourcing*

[Princípio V dos Princípios Orientadores, Orientações 8 e 11 das Orientações, artigo 14.º, n.º 2, alíneas *h*) e *i*), da DMIF 2 e artigos 308.º, n.º 1, e 308.º-B, n.º 2, alíneas *f*) e *g*) do CVM, *inter alia*].

Na sua formulação genérica, este princípio parece, à partida, ser pacífico. Na verdade, existindo poder de supervisão (e sendo, ademais, as atividades bancárias e de serviços de investimento sujeitas a autorização prévia), a capacidade de a autoridade competente de controlar o cumprimento dos deveres legais e regulamentares não pode ser elidida ou coartada por razões internas às entidades sujeitas à supervisão, razões entre as quais se inclui o *outsourcing*.

Todavia, este foi o princípio que mais contestação mereceu quanto ao modo como foi concretizado nas Orientações.

Nas alíneas *h*) e *i*) do n.º 2 do artigo 14.º da DMIF 2 (transpostas nas alíneas *f*) e *g*) do n.º 2 do artigo 308.º-B do CVM), o legislador estabeleceu que as empresas de investimento devem tomar as medidas necessárias para assegurar o respeito das seguintes condições (entre outras, que não relevam neste momento):

- h*) O prestador de serviços deve cooperar com as autoridades competentes da empresa de investimento relativamente às actividades objecto de subcontratação;
- i*) A empresa de investimento, os seus auditores e as autoridades competentes relevantes devem ter efectivamente acesso aos dados relacionados com as actividades objecto de subcontratação, bem como às instalações comerciais do prestador de serviços, devendo as autoridades competentes ter o poder para exercer esses direitos de acesso.

Se as Orientações têm disposições similares a estas, facto é que foram mais longe, atribuindo alguns poderes e faculdades das autoridades competentes que foram bastante contestados em sede de consulta prévia, entre os quais se destacam:

- As Orientações pretendem que os contratos entre entidades externalizadoras e prestadores de serviços contenham cláusulas que permitam a cessação unilateral do contrato pelas primeiras no caso de as autoridades de supervisão assim o instruírem – instrução essa que terá, apesar de tudo, de ser justificada com base no incumprimento das Orientações (cf. nota 2j) à Orientação 8 e nota 6 à Orientação 11). A DMIF 2 não é tão radical, exigindo apenas que a empresa de investimento possa cessar o acordo de *outsourcing* sempre

que necessário, sem que tal se processe em detrimento da continuidade e da qualidade dos serviços prestados aos clientes⁷³. Talvez em razão dessa diferença, no Feedback às Orientações os respondentes opinam no sentido do carácter excessivo desta faculdade das autoridades competentes, pondo inclusivamente em causa a sua legalidade. A EBA contraria esses comentários, argumentando que para cumprir as suas funções prudenciais as autoridades têm de poder intervir nessa relação contratual (e que as autoridades estão, naturalmente, sujeitas ao princípio da legalidade);

- Outro ponto que os respondentes consideram excessivo respeita aos direitos das autoridades competentes em face de terceiros. As Orientações, para além de reclamarem (à semelhança da DMIF) um direito de acesso aos dados e às instalações do prestador de serviços de *outsourcing*, pretendem que as autoridades competentes tenham o direito de dar a esses mesmos prestadores de serviços instruções que necessitem para desempenhar as suas funções e, ainda, que o auditor externo dos prestadores de serviços disponibilize diretamente às autoridades a informação relevante. Os respondentes à segunda consulta pública no âmbito da aprovação das Orientações criticam severamente estes poderes, considerando-os excessivos, potencialmente atentatórios dos procedimentos de segurança internos do prestador de serviços e irrealistas (no caso da prescrição de a informação ser prestada diretamente pelo auditor externo do prestador de serviços). A EBA ignora os comentários em causa e limita-se a enunciar genericamente a necessidade de estes poderes serem exercidos em conformidade com as legislações nacionais.
- Finalmente, os respondentes reagem contra a possibilidade de as autoridades identificarem riscos de concentração a *nível individual* e sectorial⁷⁴, argumentando que a responsabilidade pela monitorização de riscos individuais deve ser apenas da administração das entidades em causa. Neste ponto, a EBA aceita a sugestão e acaba por eliminar a referência à possibilidade de identificação de riscos individuais, mantendo apenas na Orientação 12 a identificação de riscos de concentração ao nível sectorial e a monitorizar desses riscos ao nível sistémico⁷⁵.

⁷³ Cf. alínea g) do n.º 2 do artigo 14.º da DMIF 2, transposta pela alínea d) do n.º 3 do artigo 308.º-B do CVM.

⁷⁴ Cf. nota 1 à Orientação 12 da versão das Orientações de 6 de Abril de 2006, anexa ao Consultation Paper.

⁷⁵ Esta concessão tem de ser vista no contexto histórico, prévio à crise financeira internacional e à verificação empírica da doutrina da existência das instituições *too big to fail*.

Confirma-se, assim, a ideia expressa pela própria EBA no Consultation Paper de que as Orientações têm o seu foco na supervisão, o que explica porque (conscientemente) vão bastante além da DMIF/DMIF 2 nessa matéria.

Finalmente, a este respeito, não é possível ignorar as recentíssimas propostas legislativas da Comissão Europeia no sentido de adotar um mecanismo de supervisão único para os bancos da zona euro⁷⁶, que aprofundam os poderes de supervisão em linha com as Orientações, pretendendo, por exemplo, dar poderes ao Banco Central Europeu para requerer informação aos prestadores de serviços de *outsourcing* e conduzir investigações e inspeções locais às instalações do prestador⁷⁷.

6. Conclusão

Apesar das diferenças assinaladas, é possível concluir que as soluções normativas (empresas de investimento) e quase-normativas (instituições de crédito) são, no geral, coincidentes. Com os reguladores sectoriais e o legislador a inspirarem-se mutuamente, criou-se de uma matriz comum.

Não foi por acaso. Por um lado, preocupações quanto ao *outsourcing* nas diversas áreas do sector financeiro (e quanto ao *corporate governance* em geral) são em grande medida coincidentes; por outro lado, as entidades internacionais que agregam os reguladores nacionais sectoriais têm trabalhado em estreita colaboração. O Fórum Conjunto agrega, aliás, essas mesmas entidades internacionais (BCBS/IOSCO/IAIS), o que explica que as posições assumidas nos acima referidos Princípios Orientadores sejam declaradamente convergentes com o essencial do normativo legal constante da DMIF e da Diretiva 2006/73/CE. Também a EBA (então CEBS) e a ESMA (então CERS) publicaram, antes da aprovação das Orientações, um mapeamento de correspondências entre essas Orientações, o Parecer Técnico da ESMA sobre a implementação da DMIF e a DMIF 2, a fim de procurar assegurar a consistência entre todas elas⁷⁸. E nas próprias Orientações é referido expressamente que o CEBS e o CERS se asseguraram de que as orientações propostas são consistentes com a DMIF e respetiva aplicação às instituições de crédito.

⁷⁶ As várias propostas estão disponíveis em http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_en.htm#maincontentSec1.

⁷⁷ Cf. Considerando 31) e artigo 9.º da *Proposal for a Council Regulation conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions*, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/committees/reform/20120912-com-2012-511_en.pdf.

⁷⁸ Disponível em http://www.eba.europa.eu/getdoc/c40e4d6a-46ce-4681-a616-ae0bddc21ed1/GL02-20Outsourcing_Mapping.aspx.

A supervisão deverá, crê-se, manter um papel de destaque no que respeita ao sector bancário, como o demonstram as recentes iniciativas da Comissão Europeia no sentido da adoção de um mecanismo de supervisão único para os bancos da zona euro. Mais se antevê como possível (e mesmo provável) que, tal como afirma Paulo Câmara⁷⁹, no caminho do endurecimento normativo que se vem a percorrer, as soluções legais encontradas para a intermediação financeira venham (ressalvadas as devidas diferenças) a servir de matriz e inspirem soluções legais no domínio bancário.

Bibliografia citada

- CÂMARA, PAULO – “Vocação e Influência Universal do ‘Corporate Governance’: Uma Visão Transversal sobre o Tema”, in *O Governo das Organizações – A Vocação Universal do Corporate Governance*, Coimbra (2011);
– *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra (2011)
- COOLS, SOFIE – *The Real Difference in Corporate Law Between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers*, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 30, no. 3 (2006).
- GERDING, ERIK F. – *Code, Crash, and Open Source: The Outsourcing of Financial Regulation to Risk Models and the Global Financial Crisis*, Washington Law Review Association (2009).
- KIRKPATRICK, GRANT – *The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis*, OECD (2009).
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO – *O Subcontrato*, Coimbra (1989).
- PIZARRO, SEBASTIÃO NÓBREGA – *O Contrato de Outsourcing*, Coimbra (2010).
- SIMMONDS, ALAN/GILMOUR, DAVID – “Governance of Outsourcing”, in *IT Governance Domain Practices and Competencies*, IT Governance Institute (2005).
- VIOLINO, BOB – *Governance: A Key to Outsourcing Success*, The Outsourcing Institute (2008).
- ZUMBANSEN, PEER – *Neither ‘Public’ Nor ‘Private’, ‘National’ Nor ‘International’: Transnational Corporate Governance from a Legal Pluralist Perspective*, York University (2010).

Relatórios oficiais

- BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Principles for Enhancing Corporate Governance* (2010).
- CEBS, *Consultation Paper – Standards on Outsourcing* (2006);
– *Feedback to the 2nd Public Consultation of Consultation Paper No. 2 ver ‘Guidelines on Outsourcing’* (2006);
– *Guidelines on Outsourcing* (2006);
– *Mapping of Outsourcing Requirements* (2006).
- COMISSÃO EUROPEIA, *Green Paper on Corporate Governance in Financial Institutions and Remuneration Policies* (2010).
- IOSCO, *Principles on Outsourcing of Financial Services for Market Intermediaries* (2005).

⁷⁹ Cf. *Manual...*, cit., p. 389.

- JOINT FORUM, *Outsourcing in Financial Services* (2005);
- *Report on the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (The Cadbury Report)* (1992);
 - *Principles for the Supervision of Financial Conglomerates (Consultative Document)* (2011).
- MIFID CONNECT, *Guideline on the Application of the Outsourcing Requirements Under the FSA Rules Implementing MiFID and the CRD in the UK* (2007).
- OECD, *Principles on Corporate Governance* (2004).

Apêndice

(Tradução do documento *Guidelines on Outsourcing* do CEBS datado de 14 de Dezembro de 2006)

ORIENTAÇÕES SOBRE OUTSOURCING

O CEBS [hoje EBA] apresenta as suas Orientações sobre *Outsourcing*. As orientações propostas são baseadas nas práticas correntes e tem também em consideração iniciativas internacionais, como o *Fórum Conjunto*, e Europeias no campo do *outsourcing*. Em conformidade com os comentários recebidos na primeira ronda de consultas, o CEBS e o CESR [hoje ESMA] asseguraram-se de que as orientações propostas são consistentes com a Diretiva dos Mercados de Instrumentos Financeiros (DMIF) e respetiva aplicação às instituições de crédito.

Introdução

Não há atualmente harmonização ao nível da UE na área do *outsourcing* efetuado por instituições de crédito e, em conformidade, têm sido desenvolvidas diferentes abordagens de supervisão na UE para tratar os riscos potenciais advenientes de tal prática. Alguns países da UE contam há já alguns anos com regimes de *outsourcing* formais. Dado o uso institucional crescente do *outsourcing*, inclusivamente numa base transfronteiriça, e as respetivas implicações numa supervisão prudencial efectiva, o CEBS considerou ser apropriado desenvolver as presentes Orientações com vista a promover maior consistência na nos quadros legais nacionais, quando possível. As Orientações esteiam-se num conjunto de práticas correntes e nos elementos comuns das políticas que têm sido elaboradas em diversos Estados-membros, tendo também em consideração várias iniciativas internacionais e Europeias recentes no campo do *outsourcing*. Existe uma clara justaposição entre as orientações propostas, por um lado, e as regras relevantes da DMIF, bem como as medidas de nível 2 que se aplicarão a todas as entidades autorizadas a prestar serviços de investimento ao abrigo da DMIF, por outro. O CEBS e o CESR fizeram as consultas necessárias com vista a assegurar que as orientações propostas:

- Cumprem integralmente as regras DMIF de nível 2 e que a sua aplicação às instituições de crédito sujeitas à DMIF e totalmente consistente; e
- São consistentemente aplicáveis a todas as instituições de crédito, assim contribuindo para o estabelecimento de condições equitativas para todas elas.

As presentes Orientações estão concebidas por forma a promover um nível apropriado de convergência entre as práticas de supervisão da UE. Ao mesmo tempo, as Orientações são baseadas em princípios e conferem aos supervisores nacionais um grau adequado de flexibilidade

para que estes possam ter em considerações regras domésticas e características específicas dos mercados locais e acomodar desenvolvimentos resultantes de práticas de mercado. O conceito de proporcionalidade, tal como previsto na Diretiva 2006/48/CE, é também aplicável à política de *outsourcing*, que se espera esteja relacionada com a dimensão das instituições, bem como com a sofisticação e diversificação das atividades dadas em *outsourcing*. As autoridades de supervisão deverão adaptar a sua abordagem ao *outsourcing* no sentido de assegurar que a mesma é proporcional à natureza, escala e complexidade das atividades dadas em *outsourcing* por uma instituição.

Parte 1: Definições

Orientação 1

Para efeitos das presentes orientações, os termos abaixo indicados têm os seguintes sentidos:

- a. *Outsourcing*: o uso por uma entidade autorizada de uma entidade terceira (o “prestador de serviços de *outsourcing*”) para a realização de atividades que normalmente seriam realizadas pela entidade autorizada, no presente ou no futuro. O prestador pode ser ele mesmo uma entidade autorizada ou não autorizada;
- b. Aquisição: *inter alia*, o fornecimento (i) de serviços, bens ou meios sem informação sobre ou pertencente a instituição adquirente e sob o controlo do fornecedor; ou (ii) de produtos padronizados, tais como informação de mercado ou inventário (as entidades autorizadas devem assegurar-se de que o que estão a adquirir é adequado aos seus propósitos).
O fornecimento de (i) ou (ii) não é *outsourcing*;
- c. Prestador de serviços de *outsourcing*: o fornecedor de bens, serviços ou meios, que pode ser ou não uma entidade autorizada e que pode ser uma entidade subsidiária integrante do grupo societário ou uma entidade externa a esse mesmo grupo;
- d. Entidade externalizadora: a entidade autorizada que é adquirente desses bens, serviços ou meios;
- e. Entidade autorizada: uma instituição de crédito autorizada;
- f. Atividades materiais: (i) atividades de tal relevância que qualquer fraqueza ou falha na respetiva prestação possa ter um efeito significativo na capacidade da entidade autorizada cumprir as suas responsabilidades regulatórias ou desenvolver o seu negócio; (ii) quaisquer outras atividades cuja realização dependa de autorização da autoridade de supervisão; (iii) quaisquer atividades que tenham um impacto significativo na gestão de risco; e (iv) a gestão de riscos relacionados com essas atividades;
- g. Quadros superiores: pessoas que gerem na prática o negócio da entidade autorizada;
- h. *Outsourcing* em cadeia: *outsourcing* no qual o prestador de serviços de *outsourcing* subcontrata elementos do serviço a outros prestadores.

Parte 2: Orientações sobre *outsourcing* dirigidas às entidades autorizadas

Orientação 2

A responsabilidade última pela gestão adequada dos riscos associados com o *outsourcing* ou com as atividades externalizadas recai sobre os quadros superiores da entidade externalizadora.

1. Todos os regimes de *outsourcing* devem assegurar que o *outsourcing* de funções a um prestador de serviços de *outsourcing* não prejudica a supervisão da entidade externalizadora.
2. A responsabilidade pelas funções objeto de *outsourcing* deve ser sempre mantida na entidade externalizadora. O *outsourcing* de funções não exonera a entidade externalizadora das suas responsabilidades regulatórias relativas às suas atividades autorizadas ou da função em causa.
3. As entidades externalizadoras devem manter as competências essenciais [core] ao nível operacional superior internalizadas por forma a terem a capacidade de retomar o controlo direto sobre as atividades objeto de *outsourcing in extremis*.
4. O *outsourcing* não poderá afetar de modo algum a responsabilidade dos administradores nos termos do disposto na legislação aplicável (v.g. nos termos do disposto na legislação bancária).

Orientação 3

Os acordos de *outsourcing* não podem nunca resultar na delegação da responsabilidade dos quadros superiores.

1. O *outsourcing* de funções essenciais de gestão é considerado normalmente incompatível com a obrigação dos quadros superiores de gerir a empresa sob sua própria responsabilidade. Incluem-se nas funções essenciais de gestão, *inter alia*, o estabelecimento da estratégia de risco, da política de risco e, em conformidade, a capacidade de tomada de risco da instituição. Assim, funções de gestão tais como o estabelecimento de estratégias e políticas relativas ao perfil e controlo do risco da entidade autorizada, bem como a responsabilidade última em face dos clientes e supervisores, não deve ser dada em *outsourcing*.

Orientação 4

4.1 As entidades autorizadas não podem dar em *outsourcing* serviços e atividades respeitantes a depósitos ou empréstimos que requeiram autorização da autoridade de supervisão de acordo com a legislação bancária nacional aplicável, salvo se o prestador de serviços de *outsourcing*: (i) for detentor de uma autorização equivalente à autorização da entidade externalizadora; ou (ii) for de outro modo autorizado a desenvolver essas atividades nos termos do quadro legal nacional aplicável.

4.2 Qualquer área de atividade de uma entidade externalizadora para além das identificadas nas Orientações 2 e 3 pode ser externalizada desde que tal externalização não prejudique:

- a. a regularidade da condução do negócio da entidade externalizadora ou dos serviços financeiros prestados;
- b. a capacidade dos quadros superiores de gestão e monitorização do negócio e das atividades autorizadas da entidade autorizada;
- c. a capacidade de outros órgãos de gestão interna, tais como o conselho de administração ou a comissão de auditoria, para cumprirem as suas tarefas de supervisão dos quadros superiores; e
- d. a supervisão da entidade externalizadora.

4.3 As entidades externalizadoras devem ter especial precaução na externalização de atividades materiais. As entidades externalizadora devem informar adequadamente as autoridades de supervisão sobre esse tipo de *outsourcing*.

1. Estas exigências não afetam o princípio da responsabilidade exclusiva dos gestores (Orientação 2) por todas as atividades autorizadas. Os gestores da entidade externalizadora serão

inteiramente responsáveis perante a autoridade de supervisão por qualquer atividade dada em *outsourcing*. Os gestores deverão, pois, tomar as medidas adequadas para assegurar que as atividades externalizadas continuam a cumprir os níveis de desempenho e qualidade que seriam aplicáveis se a própria instituição desempenhasse as atividades relevantes internamente.

2. As entidades externalizadoras devem informar adequadamente as respetivas autoridades de supervisão sobre a intenção de *outsourcing* de qualquer atividade material. Tal informação deve ser prestada tempestivamente por forma a permitir ao supervisor avaliar a proposta ou ponderar se a proposta suscita preocupações de natureza prudencial e tomar as medidas apropriadas, se necessário. As entidades externalizadoras devem estar cientes de que a autoridade de supervisão poderá impor condições específicas para o *outsourcing* de atividades materiais. Ao fazê-lo, a autoridade de supervisão considerará fatores tais como a dimensão da instituição, a natureza da atividade objeto de *outsourcing*, as características e posicionamento no mercado do prestador do serviço, a duração do contrato e o potencial do *outsourcing* para gerar conflitos de interesse (v.g. a autoridade de supervisão poderá querer proibir o *outsourcing* da contabilidade financeira e da preparação das contas anuais para o auditor externo da entidade externalizadora ou para a entidade à qual o auditor externo se encontra ligado).

3. As entidades externalizadoras devem informar as respetivas autoridades de supervisão de qualquer desenvolvimento material que afete o prestador de serviços e a sua capacidade de cumprir as obrigações perante clientes.

4. Sujeito aos princípios aplicáveis ao *outsourcing* transfronteiriço referidas na Orientação 4.1(i), não são necessárias regras especiais relativas à localização geográfica do prestador de serviços de *outsourcing*. Contudo, por força de possíveis riscos de proteção de dados e de riscos para a supervisão efectiva autoridade de supervisão, as instituições devem tomar especial cuidado ao celebrar e gerir contratos de *outsourcing* executados fora do EEE.

5. O *outsourcing* intragrupo e o *outsourcing* nos termos da Orientação 4.1(i) podem ser materiais. As entidades externalizadoras devem estar cientes de que as autoridades de supervisão, ao medir os riscos associados com um acordo de *outsourcing* intragrupo e o tratamento a dar a esses acordos, podem tomar circunstâncias específicas em consideração, tais como a medida em que a entidade externalizadora controla o prestador de serviços ou tem o poder de influenciar as suas ações, e a medida em que o prestador de serviços está ou não incluído na supervisão consolidada do grupo.

Orientação 5

Não deverá haver restrições no *outsourcing* de atividades não-materiais de entidades externalizadoras

1. Nesses casos as entidades externalizadoras não precisa de informar adequadamente a sua autoridade de supervisão. Não obstante, as entidades externalizadoras deverão gerir adequadamente os riscos relacionados com tais acordos de *outsourcing* a todo o tempo. Em linha com a Orientação 2, os quadros superiores da entidade externalizadora deverão ser inteiramente responsáveis por qualquer atividade externalizada.

2. As áreas a considerar como não-materiais são aquelas que não caem na definição de “atividades materiais” nos termos do disposto na Orientação 1(f) e podem incluir:

- a. áreas que potencialmente não constituem riscos relevantes e que, se dadas em *outsourcing*, não comprometerão o cumprimento das disposições constantes da Orientação 4.2 acima; e
- b. serviços exclusivamente de consultoria utilizados pela instituição, por exemplo, consultoria jurídica ou fiscal, mesmo quando não limitada a aspetos ou projetos individuais.

Orientação 6

6.1 As entidades externalizadoras devem ter uma política quanto à sua abordagem ao *outsourcing*, incluindo planos de contingência e estratégias de saída.

6.2 As entidades externalizadoras devem conduzir os seus negócios de forma controlada e racional a todo o tempo.

1. As entidades externalizadoras devem ter uma política geral que cobra todos os aspetos do *outsourcing*, incluindo *outsourcing* não-material, quer o *outsourcing* se desenrole dentro do grupo societário, quer não.

2. Ao definir a política as entidades externalizadoras devem reconhecer que nenhuma forma de *outsourcing* é isenta de riscos. A política deve reconhecer que a gestão de *outsourcing* não-material e intragrupo deve ser proporcional aos riscos apresentados por tais acordos.

3. Ao conduzir a análise de riscos previamente ao *outsourcing*, a política deve considerar explicitamente os efeitos potenciais do *outsourcing* em certas funções significativas (p.e., a função de auditoria interna e a função de controlo do cumprimento ou *compliance*).

4. A política deve assegurar que o desempenho financeiro dos prestadores de serviços de *outsourcing* e alterações essenciais na estrutura organizacional e de propriedade dos prestadores de serviços são apropriadamente monitorizadas e avaliadas pela gestão da entidade externalizadora para que medidas corretivas necessárias possam ser tomadas prontamente.

5. As entidades externalizadoras devem especificar as pessoas ou unidades internas responsáveis pela monitorização e gestão de cada acordo de *outsourcing*.

6. A política deve considerar as principais fases que compõem o ciclo de existência dos acordos de *outsourcing* da instituição:

- a. a decisão de dar em *outsourcing* ou de alterar um acordo de *outsourcing* existente (o fase de decisão);
- b. auditoria (*due diligence*) ao prestador de serviços de *outsourcing*;
- c. redação um contrato escrito de *outsourcing* e um acordo de níveis de serviço (a fase pré-contratual de redação);
- d. a implementação, monitorização e gestão de um acordo de *outsourcing* (a fase contratual). Tal pode incluir ainda o acompanhamento de alterações que afetem o prestador de serviços de *outsourcing* (p.e. alterações de propriedade, estratégias, rentabilidade das operações);
- e. lidar com a cessação esperada ou inesperada de um contrato ou outras interrupções de serviço (a fase pós-contratual). Em particular, as entidades externalizadora devem planear e implementar medidas para manutenção da continuidade do negócio no caso de falhas ou deterioração para um nível inaceitável na prestação do serviço por um prestador de serviços de *outsourcing* ou no caso de a empresa passar por outras alterações. Esta política deve incluir planos de contingência e definir claramente uma estratégia de saída.

Orientação 7

As entidades externalizadoras devem gerir os riscos associados com os seus acordos de *outsourcing*.

1. O cumprimento desta prescrição deve incluir uma avaliação contínua pelas entidades externalizadoras dos riscos operacionais e de concentração associados com todos os seus acordos de *outsourcing*. As entidades externalizadoras devem informar as respetivas autoridades de supervisão de quaisquer desenvolvimentos materiais.

Orientação 8

Todos os acordos de *outsourcing* devem ser sujeitos a um contrato formal e completo. O contrato *outsourcing* deve obrigar o prestador de serviços de *outsourcing* a proteger informação confidencial.

1. Qualquer *outsourcing* deve ser baseado num contrato escrito claro.
2. As entidades externalizadoras devem assegurar-se de que os contratos escritos têm em conta o seguinte (tendo ainda em conta outras especificidades da legislação e regulamentação nacional):
 - a. A atividade operacional objeto de *outsourcing* deve ser definida claramente.
 - b. Os requisitos precisos relativos à execução do serviço devem ser especificados e documentados, tendo em conta a finalidade da solução de *outsourcing*. A capacidade do prestador de serviços de *outsourcing* para cumprir os requisitos de execução em termos quantitativos e qualitativos deve ser avaliada antecipadamente, incluindo o cumprimento destas Orientações
 - c. Os direitos e obrigações da entidade externalizadora e do prestador de serviços de *outsourcing* devem ser definidos em termos precisos e concretos. Tal também serve para assegurar o cumprimento da legislação e da regulamentação e orientações da supervisão durante a vigência do acordo de *outsourcing*.
 - d. Por forma a implementar uma política efectiva de gestão e monitorização das atividades objeto de *outsourcing*, o contrato deve, se e quando julgado proporcional, incluir cláusulas de rescisão (*termination*) e saída (*exit management*) que permitam transferir as atividades prestadas pelo prestador de serviços de *outsourcing* para outro prestador de serviços de *outsourcing* ou reintegrá-las na entidade externalizadora.
 - e. O contrato deve incluir a proteção de informação confidencial, sigilo bancário e quaisquer outras provisões específicas relacionadas com o tratamento de informação confidencial. Sempre que a informação é sujeita a regras de confidencialidade ao nível da entidade externalizadora deve ser assegurado pelo menos o mesmo nível pelo prestador de serviços.
 - f. O contrato deve assegurar que o prestador de serviços de *outsourcing* é monitorizado e avaliado continuamente para que quaisquer medidas corretivas possam ser tomadas prontamente.
 - g. O contrato deve incluir a obrigação de o prestador de serviços de *outsourcing* permitir aos departamentos de controlo do cumprimento e auditoria interna da entidade externalizadora acesso total aos seus dados e permitir aos auditores externos da entidade externalizadora direitos totais e irrestritos de inspeção e auditoria aos mesmos dados.
 - h. O contrato deve incluir uma obrigação de o prestador de serviços de *outsourcing* permitir acesso direto da autoridade de supervisão da entidade externalizadora aos dados relevantes e às suas instalações.
 - i. O contrato deve incluir uma obrigação de o prestador de serviços de *outsourcing* informar imediatamente a entidade externalizadora, ou diretamente a autoridade de supervisão, de quaisquer alterações materiais das circunstâncias que possam ter um impacto material na prestação continuada dos serviços. Tal pode implicar a obtenção de consentimento de terceiros afetados tais como a “sociedade mãe” ou a autoridade de supervisão do país de origem relevante.
 - j. O contrato de *outsourcing* deve conter cláusulas que autorizem a entidade externalizadora a cessar unilateralmente o contrato com aviso prévio ou por resolução unilateral excecional sem aviso prévio, se a autoridade de supervisão requerer tal cessação.

3. Ao redigir o contrato a entidade externalizadora deve ter em consideração que o nível de monitorização, avaliação, inspeção e auditoria requerido pelo contrato deve ser proporcional aos riscos envolvidos e a dimensão e complexidade da atividade objeto de *outsourcing*.

Orientação 9

Na gestão da relação com os prestadores de serviços de *outsourcing* as entidades externalizadoras devem assegurar a celebração de um contrato escrito com as responsabilidades de ambas as partes e uma descrição qualitativa.

1. O contrato escrito deve normalmente conter uma combinação de metas de desempenho quantitativas e qualitativas, por forma a permitir as entidades externalizadora a avaliar a adequação da prestação de serviços.
2. As entidades externalizadoras devem também considerar a necessidade de avaliar o desempenho do prestador de serviços de *outsourcing* utilizando mecanismos tais como relatórios sobre a prestação dos serviços, auto certificação ou certificação externa pelos auditores internos e/ou externos das entidades externalizadora ou do prestador de serviços de *outsourcing*.
3. As entidades externalizadoras devem estar preparadas para tomar medidas corretivas no caso de o desempenho do prestador de serviços de *outsourcing* ser inadequado.

Orientação 10

10.1 As entidades externalizadoras devem tomar em consideração os riscos associados com o *outsourcing* em cadeia.

10.2 As entidades externalizadoras só devem aceitar *outsourcing* em cadeia se o subcontratado cumprir igualmente as obrigações estabelecidas entre a entidade externalizadora e o prestador de serviços de *outsourcing*, incluindo obrigações estabelecidas em benefício da autoridade de supervisão.

10.3 As entidades externalizadoras devem tomar medidas apropriadas contra o risco de qualquer fraqueza ou falha no desempenho das atividades subcontratadas que possa ter um efeito significativo na capacidade de o prestador de serviços de *outsourcing* cumprir as suas responsabilidades ao abrigo do contrato de *outsourcing*.

1. A subcontratação das atividades e funções objeto de *outsourcing* a terceiros (subcontratados) deve ser tratada pela entidade externalizadora como uma medida de *outsourcing* primária. O cumprimento de tais condições deve ser assegurada contratualmente, por exemplo através do estabelecimento de uma cláusula no contrato de *outsourcing* que requeira o consentimento prévio da entidade externalizadora quanto à possibilidade e modalidades do *suboutsourcing*.
2. As entidades externalizadoras devem assegurar que o prestador de serviços de *outsourcing* concorda que os termos contratuais acordados com o subcontratado serão sempre conformes, ou no mínimo não contraditórios, ao termos do contrato celebrado com a entidade externalizadora.

Parte 3: Orientações sobre o outsourcing dirigidas às autoridades de supervisão

Orientação 11

As autoridades de supervisão devem exigir que as entidades externalizadoras tenham estabelecido o acesso da autoridade de supervisão aos dados relevantes detidos pelo prestador de serviços de *outsourcing* e, quando previsto pela lei nacional,

o direito de a autoridade de supervisão conduzir inspeções locais nas instalações do prestador de serviços de *outsourcing*.

1. As autoridades de supervisão devem ter visar que as entidades externalizadoras asseguram que os contratos de *outsourcing* conferem à autoridade de supervisão direito de informação e, quando previsto pela lei nacional, de inspeção, admissão e acesso (incluindo acesso a bases de dados), bem como o direito de dar diretrizes ou instruções que necessite para exercer as suas funções de supervisão.
2. As autoridades de supervisão devem encorajar as entidades externalizadoras a assegurar que a informação também seja disponibilizada à autoridade de supervisão pelo auditor externo do prestador de serviços de *outsourcing*.
3. As autoridades de supervisão devem ter como objetivo assegurar que os seus poderes para dar ordens ou instruções às entidades externalizadoras podem ser eficazmente aplicados, sem serem comprometidos por instruções dadas ao prestador de serviços de *outsourcing* por outras entidades, para assim assegurar o desempenho ordeiro das atividades dadas em *outsourcing*.
4. As autoridades de supervisão devem ter como objetivo assegurar que podem obter informação detalhada sobre quaisquer processos de *outsourcing* que possam comprometer a estabilidade de um grupo consolidado cuja supervisão geral seja, em última instância, sua responsabilidade.
5. No caso de *outsourcing* a prestadores de serviços no estrangeiro, as entidades externalizadoras são responsáveis por assegurar que a autoridade de supervisão pode exercer o seu direito à recolha de informação, incluindo o direito de exigir documentos e auditorias e, de um modo compatível com o quadro legal, os seus direitos de inspeção.
6. A ordem para efetuar a cessação unilateral do contrato de *outsourcing* (ao abrigo do disposto da Orientação 8.2(j)) deve ser adequadamente fundamentada pelo supervisor com base no incumprimento das disposições destas Orientações, em particular aquelas que respeitam à salvaguarda de direitos de supervisão e execução (*enforcement*).
7. As entidades externalizadoras devem – previamente ao *outsourcing* – considerar em consulta com a autoridade de supervisão que medidas alternativas podem mitigar adequadamente os riscos envolvidos.

Orientação 12

As autoridades de supervisão devem ter em consideração o risco de concentração.

As autoridades de supervisão devem procurar identificar quaisquer riscos de concentração ao nível sectorial e procurar monitorizar esses riscos ao nível sistémico.