

Por outro lado, a Lei 67/2007 mantém uma considerável margem para a intervenção dos Tribunais, a quem competirá em larga medida, na tarefa de interpretação das disposições do novo diploma, definir o efectivo alcance das novas soluções propostas.

PEDRO TEIXEIRA DE SOUSA Y HELENA DA SILVA E SOUSA (*)

DEVERES DE CONTROLO INTERNO DOS INTERMEDIÁRIOS FINANCEIROS AO ABRIGO DA MIFID

A Directiva n.º 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros («MiFID»), transposta para o ordenamento jurídico português através do Decreto-Lei n.º 357-A/2007 de 31 de Outubro, constitui a alteração mais substancial do Código dos Valores Mobiliários («CdVM») português desde a sua aprovação em 1999.

Entre o complexo de novos deveres impostos aos intermediários financeiros, encontra-se o dever de estabelecer uma orgânica específica para o controlo interno do exercício da sua actividade, que lhe permita assegurar a prestação de serviços de investimento em condições adequadas de qualidade, profissionalismo e eficiência (artigo 305º do CdVM).

Sem prejuízo de impor os referidos deveres de controlo, a lei estabelece uma relação entre a complexidade dos procedimentos a cumprir pelos intermediários financeiros e a natureza, a dimensão e a complexidade dos serviços de investimento que prestam aos seus clientes.

Neste sentido, todos os intermediários financeiros, independentemente da sua dimensão, têm a obrigação de implementar um Sistema de Controlo do Cumprimento. Todavia, o leque de deveres a cumprir pelo Sistema de Controlo do Cumprimento varia em função do facto do intermediário financeiro preencher determinadas condições.

Por outro lado, este princípio de imposição de deveres em função da dimensão das necessidades de controlo, implica que os intermediários financeiros que preencham determinadas condições tenham também a obrigação de instituir dois sistemas

adicionais — o Sistema de Gestão de Risco e o Serviço de Auditoria Interna.

Fazemos de seguida uma breve descrição de cada um dos referidos sistemas.

O Sistema de Controlo do Cumprimento

Funções Gerais do Sistema

De acordo com a nova lei, o Sistema de Controlo do Cumprimento deve detectar os riscos de incumprimento de normas legais aplicáveis a intermediários financeiros, bem como conter as medidas necessárias para impedir a ocorrência de novas violações dos deveres em causa.

É também seu objectivo assegurar ou permitir às autoridades reguladoras, como o Banco de Portugal (no âmbito da supervisão prudencial) e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários («CMVM») (no âmbito da supervisão comportamental) o exercício eficiente dessas funções de supervisão.

Outra das funcionalidades essenciais do Sistema de Controlo do Cumprimento é o de servir de apoio a todos os funcionários e pessoas ou entidades que prestem serviços ao intermediário financeiro.

A noção de funcionários e prestadores de serviços engloba um vasto conjunto de pessoas, nomeadamente: (i) membros do conselho de administração do intermediário financeiro; (ii) pessoas que, não sendo membros do conselho de administração do intermediário financeiro, exercem cargos de topo no intermediário financeiro dirigem efectivamente a actividade deste; (iii) e os funcionários do intermediário financeiro ligados à prestação ou auditoria de serviços de investimento ou funções operacionais essenciais à prestação desses serviços numa base contínua («Funcionários e Prestadores de Serviços»).

O Sistema de Controlo do Cumprimento apoia também os Funcionários e Prestadores de Serviços de outras entidades, distintas do intermediário financeiro, mas que prestam serviços a terceiros por conta deste, nas seguintes qualidades:

- (i) Agentes vinculados, ou seja, representantes/mediadores dos serviços prestados pelo intermediário financeiro, que podem, por conta deste último, prestar serviços de: (i) prospecção de investidores; (ii) recepção e transmissão de ordens, (iii) colocação e consultoria sobre instrumentos financeiros ou sobre os serviços prestados pelo intermediário financeiro ao qual estão vinculados;

(*) Abogados Del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Oporto)

(ii) Intermediários financeiros nos quais tenha sido subcontratada a prestação de serviços ou exercício de actividades de intermediação financeira.

No entanto, o apoio a Funcionários ou Prestadores de Serviços de agentes vinculados ou intermediários financeiros subcontratados, está limitado ao universo de pessoas que estão ligadas à prestação dos serviços que foram subcontratados pelo intermediário financeiro ao qual o Sistema de Controlo do Cumprimento se encontra afecto.

O Sistema de Controlo do Cumprimento deve também permitir identificar e prevenir a realização de operações suspeitas de estarem relacionadas com a prática de crimes de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, bem como prevenir a execução de operações que possam constituir uma violação do princípio de defesa do mercado (artigo 311.º, n.º 3 do CdVM).

Segundo o princípio da defesa de mercado, os intermediários financeiros estão proibidos de executar operações susceptíveis de pôr em risco a regularidade de funcionamento, a transparência e a credibilidade do mercado.

A lei apresenta, a título exemplificativo, um elenco de operações consideradas como violadoras do princípio da defesa de mercado, na medida em que são susceptíveis de produzir alterações significativas no preço de determinado instrumento financeiro, nomeadamente por: (i) representarem percentagem considerável do volume diário transaccionado sobre esse instrumento financeiro ou outro instrumento subjacente ou derivado com ele relacionado; (ii) serem executadas em período de tempo concentrado da sessão de negociação e serem posteriormente invertidas; (iii) serem executadas em momentos sensíveis de formação de preços de referência ou de liquidação; (iv) alterarem as características normais do *order book* para determinado instrumento financeiro e o cancelamento dessas ofertas antes da sua execução.

O Sistema de Controlo do Cumprimento deve ainda informar imediatamente o órgão de administração do intermediário financeiro que este último, ou os respectivos Funcionários e Prestadores de Serviços, poderão ter praticado um acto que consubstancia a prática de uma contra-ordenação, bem como manter um registo e apresentar um relatório anual aos órgãos de administração e fiscalização relativos a todas as situações de incumprimento detectadas, bem como las medidas que foram adoptadas para as rectificar.

Responsável pelo Sistema (*Compliance Officer*)

O Sistema de Controlo do Cumprimento deve ser dirigido por um responsável ou *compliance officer*, que deve estar dotado de poderes necessários para assegurar a sua independência, bem como ter à sua disposição os meios técnicos necessários para o exercício das suas funções.

São funções do *compliance officer*: (i) assegurar que os Funcionários e Prestadores de Serviços do intermediário financeiro, dos agentes vinculados e intermediários financeiros subcontratados deste último, não estejam envolvidos na prestação de serviços relativamente aos quais exerçam funções de controlo do cumprimento; e (ii) assegurar que o método de remuneração dos Funcionários e Prestadores de Serviços ligados ao Sistema de Controlo do Cumprimento não seja susceptível de comprometer a sua objectividade.

Deveres Adicionais

Ciente da possibilidade de estar a impor uma estrutura excessivamente pesada para alguns intermediários financeiros, o legislador estabeleceu ainda um conjunto de deveres que apenas será aplicável aos intermediários financeiros que tenham determinada dimensão.

Neste sentido, a regulamentação aplicável estabelece que há determinadas funções do Sistema de Controlo do Cumprimento que apenas são exigíveis nos casos em que, cumulativamente, (i) o pessoal do intermediário financeiro seja igual ou superior a 6 pessoas; e (ii) o intermediário financeiro tenha proventos operacionais no último exercício económico que sejam iguais ou superiores a €3.000.000.

Assim, o Sistema de Controlo do Cumprimento dos intermediários financeiros que reúnam cumulativamente aqueles requisitos deverá ter como funções adicionais assegurar que os Funcionários e Prestadores de Serviço do intermediário financeiro, respectivo agente vinculado ou intermediário financeiro subcontratado, que exerçam funções relacionadas com o Sistema de Controlo do Cumprimento: (i) não estejam envolvidos, na qualidade de gestores ou directores, na prestação de serviços ou exercício de actividades, que simultaneamente controlam ou fiscalizam na qualidade de membros do Sistema de Controlo do Cumprimento; e (ii) sejam remunerados em moldes que permitam assegurar a independência e objectividade.

A ideia subjacente à imposição destes deveres adicionais é a de que, tendo o intermediário financeiro

uma dimensão que vai além das condições mínimas, é-lhe exigível que implemente um Sistema de Controlo do Cumprimento em que haja uma mais clara segregação de funções.

Sistemas Adicionais («Condições Mínimas»)

A lei impõe a existência de outros sistemas aos intermediários financeiros, quando estes reúnam determinadas condições. Neste sentido, sempre que o intermediário financeiro tenha: (i) um número de funcionários igual ou superior a 30; e (ii) proveitos operacionais no último exercício económico que sejam iguais ou superiores a €20.000.000 encontra-se obrigado a estabelecer um Sistema de Gestão de Risco e um Serviço de Auditoria Interna (“Condições Mínimas”).

Gestão de Risco

Todos os intermediários financeiros têm o dever geral de estabelecer procedimentos e políticas com o objectivo de identificar e gerir os riscos relacionados com as suas actividades, devendo manter os níveis de risco num nível considerado tolerável. Para além disso, a lei impõe ao intermediário financeiro os deveres de (i) avaliar periodicamente o cumprimento das normas e a adequação do sistema de gestão de risco por si instituídos e (ii) corrigir as eventuais deficiências detectadas no sistema.

Todavia, para além dos *supra* referidos deveres gerais relacionados com a gestão de risco, os intermediários financeiros que reúnam as condições mínimas têm também o dever de implementar um Sistema de Gestão de Risco, o qual tem como funções: (i) assegurar o cumprimento das políticas e procedimentos de gestão de risco; (ii) fazer recomendações ao conselho de administração relativamente a esta matéria; e (iii) elaborar anualmente um relatório a apresentar aos órgãos de administração e fiscalização do intermediário financeiro, relativo à política de gestão de risco, indicando as medidas que foram tomadas no sentido de corrigir eventuais deficiências detectadas.

Sublinhe-se que, mesmo no caso dos intermediários financeiros não reunirem as Condições Mínimas que determinam a necessidade de instituir um Sistema de Gestão de Risco, é necessário demonstrar à autoridade reguladora que os procedimentos por si adoptados são suficientes para assegurar esses fins de gestão de risco impostos pela lei e, como tal, que a instituição de um Sistema de Gestão de Risco é dispensável.

Auditoria Interna

Quando o intermediário financeiro preencha as Condições Mínimas, tem também o dever de estabelecer um Serviço de Auditoria Interna.

O Serviço de Auditoria Interna tem como funções: (i) adoptar um plano de auditoria com os fins de avaliar a adequação e eficácia dos sistemas, procedimentos e normas adoptados para a prossecução dos fins de controlo interno do intermediário financeiro; (ii) emitir recomendações baseadas nos resultados das avaliações por si realizadas e verificar se essas recomendações são ou não adoptadas; e (iii) elaborar anualmente um relatório a apresentar aos órgãos de administração e fiscalização do intermediário financeiro, relativamente a questões relacionadas com auditoria interna, bem como indicar se as suas recomendações foram ou não seguidas.

Controlo Global dos Sistemas

Sem prejuízo da autonomia e independência que os três sistemas devem manter face ao órgão de administração do intermediário financeiro, este último tem um dever de avaliar periodicamente a eficácia das políticas e procedimentos internos adoptados com vista ao cumprimento das normas relativas aos Sistemas de Controlo do Cumprimento, Gestão de Risco e Auditoria Interna.

O conselho de administração tem também o dever de corrigir eventuais deficiências que tenha detectado, com vista a prevenir a sua ocorrência futura.

Conclusões

Concluindo:

- (i) A MiFID impôs pesados deveres de controlo interno aos intermediários financeiros, nomeadamente, a instituição de sistemas de controlo cuja complexidade varia em função da dimensão do intermediário financeiro;
- (ii) Os intermediários financeiros estão obrigados a instituir um Sistema de Controlo do Cumprimento, que é responsável por detectar riscos de incumprimento de deveres legais, bem como por adoptar as medidas necessárias para impedir a ocorrência de novas violações desses deveres;
- (iii) O Sistema de Controlo do Cumprimento poderá ter deveres adicionais, como os de assegurar a segregação de funções e a independência dos directores/gestores que integram esse mesmo sistema, consoante a dimensão do intermediário financeiro;

(iv) A instituição de um Sistema de Gestão de Risco e um Serviço de Auditoria Interna, é obrigatória quando o intermediário financeiro preencha determinadas Condições Mínimas; e

(v) Sem prejuízo da independência dos referidos sistemas e serviço, cabe ao órgão de administração do intermediário financeiro assegurar a eficácia das políticas e procedimentos adoptados por aqueles órgãos internos.

FILIPE BRUM DE ABREU (*)

BREVES REFLEXÕES SOBRE AS DIFERENTES FORMAS DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 2002/92/CE, RELATIVA À MEDIAÇÃO DE SEGUROS

Introdução

Da análise dos considerandos (1) e (9) da Directiva 2002/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de Dezembro de 2002, relativa à mediação de seguros («a Directiva»), resulta que um dos seus principais objectivos foi o de facilitar o exercício da liberdade de estabelecimento, do mesmo passo que se pretendia uma maior aproximação das disposições nacionais referentes aos requisitos profissionais como forma de contribuir para a realização de um mercado único de serviços financeiros pautado pela igualdade de tratamento dos operadores.

No entanto, a Directiva, no seu artigo 4.º, deixou grande margem aos Estados membros da União Europeia no que respeita à fixação dos requisitos profissionais, nomeadamente na vertente de conhecimentos e aptidões adequados, exigíveis aos mediadores de seguros e às pessoas singulares que com eles colaborem. Ora, uma análise comparativa dos regimes nacionais resultantes da transposição da Directiva faz-nos questionar se esta margem não contribuiu, ao invés do objectivo pretendido, para a desigualdade de tratamento de operadores dentro de um mesmo Estado-Membro.

O regime do exercício da actividade de mediação em Portugal por mediadores registados em outros Estados membros da União Europeia

Em Portugal, a Directiva foi transposta através do Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de Julho («Lei da

Mediação»). Nos termos dos artigos 22.º e 23.º deste diploma legal, os mediadores que estejam devidamente registados noutra Estado membro podem exercer a sua actividade em Portugal, bastando, para tanto, que a autoridade competente do Estado membro de origem comunique ao Instituto de Seguros de Portugal («ISP») a pretensão do mediador, a solicitação deste, de exercer a sua actividade em Portugal. Apenas terá, para além disso, de cumprir com os deveres de interesse geral como tal considerados e publicitados pelo ISP no seu sítio na Internet. Estas disposições legais limitam-se, aliás, a acolher o disposto no artigo 6.º da Directiva.

Ora, os deveres considerados de interesse geral e que se encontram publicitados pelo ISP, correspondem ao conteúdo quase integral dos artigos 29.º a 34.º da Lei da Mediação, passando por deveres gerais dos mediadores de seguros, por deveres do mediador para com as empresas de seguros e outros mediadores e por deveres do mediador para com os clientes e para com o ISP. Com especial relevância para o tema em análise releva-se que dos deveres gerais dos mediadores não é considerado como de interesse geral — não tendo, pois, de ser cumprido pelos mediadores registados noutros Estados membros —, o dever de o mediador ter ao seu serviço o número de pessoas directamente envolvidas na actividade de mediação de seguros definido através de Norma Regulamentar emitida pelo ISP com base na dimensão e importância do mediador.

O exercício da actividade de mediação por operadores nacionais em Portugal

De facto, um dos deveres fundamentais de quem queira aceder ao exercício da actividade de mediação em Portugal, aqui se registando como tal, é o de ter ao seu serviço um número, determinado pelo ISP, de pessoas directamente envolvidas na actividade de mediação de seguros («PDE's»). Tais pessoas serão as pessoas, *singulares*, ligadas a um mediador através de um vínculo laboral ou de qualquer outra natureza e que, ao seu serviço, em contacto directo com o público, exerçam ou participem nas actividades que consistam em apresentar ou propor um contrato de seguro ou na prática de outro acto preparatório da sua celebração, na celebração do contrato de seguro ou no apoio à sua gestão execução.

Ora, a cada um dos PDE's que colabore com um mediador é exigido que preencha o requisito legal

(*) Del Área del Derecho Mercantil del Uría Menéndez (Lisboa).