

# Crises financeiras mostram importância das políticas de compliance

terça, 10 novembro 2015



Paulo Sousa Mendes, David Silva Ramalho e Tiago Geraldo, membros da comissão organizadora da pós-graduação em Law Enforcement e Compliance

A experiência das crises financeiras evidencia a importância de as empresas adotarem programas de boas práticas internas, sob pena de sucumbirem. Esta é a posição do professor Paulo de Sousa Mendes, membro da comissão organizadora da primeira pós-graduação em Law Enforcement, Compliance e Direito Penas nas Atividades Bancária, Financeira e Económica, promovida pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Sobre os objetivos deste curso e a relevância dos programas de compliance pronunciam-se igualmente os advogados David Silva Ramalho e Tiago Geraldo.

## **Advocatus | O que justifica uma pós-graduação em law enforcement e compliance?**

**Paulo de Sousa Mendes** | Na passada década, o conceito de compliance ganhou uma enorme visibilidade, desde que as empresas começaram a adotar programas de cumprimento voluntário do Direito e de identificação de ilícitos empresariais (compliance programs), em ordem a minorar significativamente os riscos de responsabilização das sociedades comerciais e respetivos dirigentes nos âmbitos civil, contraordenacional e até criminal e, com isso, a defender genericamente os próprios stakeholders.

A expressão law enforcement é menos conhecida. Nenhuma lei perfeita garante uma boa aplicação. É por isso que o conceito de aplicação efetiva da lei (law enforcement) não é redundante. A pós-graduação junta os dois conceitos justamente porque se baseia na ideia de que o cumprimento voluntário do Direito por parte das empresas só pode melhorar se tiver devidamente em conta os poderes de regulamentação, supervisão e sancionamento das autoridades independentes, assim como as competências de investigação do Ministério Público em matéria penal.

Repare-se que o programa da pós-graduação junta, num espaço académico, as diferentes perspetivas e experiências sobre esta matéria, dando assim corpo à ideia de articulação entre law enforcement e compliance.

### **Advocatus | O que torna as questões de compliance tão relevantes no contexto económico atual?**

**PSM** | Não faltam exemplos de litígios, sanções pecuniárias avultadas, restrições regulatórias e danos à reputação das empresas que poderiam ter sido evitados se tivessem sido adotados efetivos programas de compliance. Quantos conflitos de interesses foram consentidos, deveres de segregação de funções foram desrespeitados e auditorias ou investigações internas ficaram por realizar nas empresas? Tais falhas tornam-se ainda mais graves por força de defeitos estruturais, designadamente o desrespeito pelas recomendações relativas ao governo das sociedades (corporate governance) e a inexistência de responsáveis de boas práticas e controlo interno (compliance officers).

A experiência das crises financeiras, que rapidamente se transformam em autênticas crises económicas e sociais (como se pode ver pela crise de 2008, que não há maneira de terminar), torna ainda mais urgente a adoção de boas práticas e sistemas de controlo interno, sob pena de as empresas sucumbirem às próprias falhas e perderem no final a batalha da competitividade.

### **Advocatus | Que desafios se colocam às empresas a este nível?**

**Paulo de Sousa Mendes e Tiago Geraldo** | Os desafios são essencialmente de conformação e (re)definição da cultura das empresas, articulando e conciliando a dimensão económica e financeira do negócio com os riscos da sua atividade, designadamente os riscos legais, numa ótica – para lembrar o ditado – de que mais vale prevenir do que remediar.

Uma possível resposta a estes desafios, que desejavelmente deve ser pensada e implementada em estreita articulação entre o departamento jurídico (e, desejavelmente, o compliance officer) e os restantes departamentos da empresa, traduz-se nos referidos compliance programs, que, ainda assim, e esta é uma nota importante, não se bastam a si mesmos. É fundamental que haja um acompanhamento desses programas depois da sua aprovação e comunicação aos colaboradores da empresa, designadamente de monitorização e atualização sempre que necessário, e também de experimentação e teste (de adequação, de consistência, de robustez do programa, etc.), designadamente através de outro mecanismo com crescente relevância no domínio do compliance: as chamadas auditorias ou investigações internas. O propósito destes mecanismos, para citar um exemplo paralelo, é aproximadamente o mesmo que o dos stress tests a que são periodicamente sujeitas as instituições bancárias: prevenir riscos (ou antecipá-los e logo aí eliminá-los) em tempos de “normalidade”.

## **Advocatus | Que particularidades enfrentam as empresas de sectores regulados?**

**Paulo de Sousa Mendes e David Silva Ramalho** | O grau de abrangência e detalhe de uma política consistente de compliance é mais exigente quando se trate de uma empresa que desenvolve a sua atividade em sector regulado. Por uma razão simples: a teia legal e regulamentar nesses sectores é sempre mais ampla, e também mais densa e minuciosa, do que nos restantes sectores de atividade, para além de mais propensa à evolução e revisão do respetivo quadro normativo (muitas vezes, como sucede entre nós, em resultado da transposição de instrumentos da União Europeia).

Numa perspetiva preventiva, em que necessariamente radicam as políticas de compliance, a existência de regras e deveres (de fonte legal ou regulamentar – incluindo aqui regulamentos, orientações e diretivas do próprio regulador), ou a sua alteração num dado momento, deve ser encarada como uma interpelação às empresas no sentido de se organizarem e definirem internamente os seus procedimentos e o seu modo de funcionamento com vista a promover e facilitar o cumprimento dessas regras e desses deveres, sem descurar a previsão de mecanismos de alerta que permitam identificar de forma expedita eventuais falhas ou lapsos que possam verificar-se.

A importância do compliance nos sectores regulados é tanto mais relevante quando, na generalidade dos casos, a violação dos deveres que recaem sobre as empresas pode resultar, e muitas vezes resulta, na responsabilização destas, acionada pelo próprio regulador ou pelo Ministério Público, quando o problema assuma dimensão criminal.

E há uma outra dimensão também importante nestes sectores: a relação das empresas com o seu regulador, muitas vezes numa base quase diária. Também aí é recomendável a definição de procedimentos claros que permitam a todo o tempo dar uma resposta pronta e consistente às solicitações do regulador, prevenindo riscos e o acionamento de mecanismos regulatórios mais invasivos.

## **Advocatus | Esta é uma matéria que cruza o direito e a economia. É mais do foro administrativo ou do foro penal?**

**PSM** | Seguramente, é uma matéria que cruza o direito e a economia. Já quanto à questão de saber se é mais do foro administrativo ou do foro penal, a resposta não é trivial. A contraposição clássica entre o foro administrativo e o foro penal está ultrapassada nos domínios da regulação das atividades bancária, financeira e económica e da concorrência. Estamos a assistir porventura à emergência de um novo ramo de Direito, que congrega aspetos de direito administrativo e de direito sancionatório público, inclusive penal.

O surgimento das autoridades independentes subverteu o clássico modelo da separação de poderes, por isso mesmo que foram dotadas de três tipos de poderes públicos, tradicionalmente separados, a saber: poderes normativos, executivos e (para)judiciais. As modernas autoridades independentes editam regulamentos de carácter geral e

abstrato, acompanham e inspecionam a atividade das empresas e, por fim, aplicam sanções pecuniárias (coimas) e sanções acessórias se detetarem infrações. Neste tocante, é, pois, difícil de sustentar a contraposição clássica entre direito administrativo e direito penal, tanto mais que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem considerado, em jurisprudência constante, que as contraordenações e outras infrações tipicamente administrativas devem ser consideradas infrações criminais para o efeito da aplicação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que consagra o direito a um processo justo e equitativo e a presunção de inocência.

Há, finalmente, aspetos que são do foro penal, propriamente dito. Mas também aqui surgem problemas novos. Pense-se, por exemplo, na área dos mercados financeiros. Nos ordenamentos jurídicos nacionais em que certas formas graves de abuso de mercado são cominadas com penas criminais, a transferência das informações do processo administrativo (preventivo ou contraordenacional) para o processo penal constitui uma ameaça às garantias de defesa, à luz do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, se estiver em causa a aquisição de provas que o Ministério Público não poderia adquirir originariamente, com base nos meios de obtenção de prova disponíveis no processo penal. Mas a comunicação precoce pelo regulador dos mercados de valores mobiliários da suspeita de crime também poderá fazer perigar a própria investigação criminal, designadamente se o Ministério Público não possuir os instrumentos técnicos de monitorização dos mercados financeiros e a experiência necessária para analisar matérias cuja complexidade somente está ao alcance de especialistas. Importa, pois, perceber, à luz do direito comparado, as soluções encontradas para resolver a tensão entre as necessidades da investigação criminal e as garantias de defesa neste âmbito.

### **Advocatus | Os advogados estão bem preparados para assessorar as empresas neste domínio?**

**David Silva Ramalho e Tiago Geraldo** | Em geral, sim, sobretudo nas respetivas áreas de especialização. Mas é preciso ter presente que o compliance requer competências transversais a várias áreas do Direito, cujo domínio dificilmente se consegue reunir num só profissional. De facto, embora seja possível autonomizar o compliance enquanto área de prática, tendo em conta a existência de princípios, procedimentos e regras gerais a ele aplicáveis, a verdade é que as diferentes áreas jurídicas sobre as quais incidem as regras que balizam o compliance requerem conhecimentos especializados que dificilmente serão reunidas por um só advogado. Assim, a título exemplificativo, o compliance numa instituição bancária, para além da evidente necessidade de cumprimento de normas regulatórias em matéria bancária, financeira e de mercados de capitais, exigirá também a necessidade de cumprimento de normas de cariz laboral, fiscal e de proteção de dados, que requerem competências específicas distintas. Daí que a elaboração de programas de compliance seja uma atividade multidisciplinar, tendencialmente coordenada por advogados versados no chamado direito sancionatório (contraordenacional e penal), mas com o fundamental input e juízo crítico de advogados especializados noutras matérias.

## **Advocatus | E as empresas portuguesas estão devidamente sensibilizadas para a importância de adotarem práticas de compliance e governação responsável?**

**DSR e TG** | A consciência dessa necessidade tende a variar em função de dois fatores: a dimensão da empresa e a respetiva área de atividade.

Nota-se um grau superior de sensibilização para esta necessidade nas empresas de maior dimensão, cujas estruturas permitem, por um lado, incluir departamentos jurídicos e de compliance exclusiva ou principalmente destinados à prevenção e mitigação de riscos, e, por outro, tendem a procedimentalizar a sua atividade interna. Esta lógica permite mais facilmente a reconstrução posterior dos processos de atuação da empresa, bem como uma mais fácil imputação da sua desconformidade com normas de cariz regulatório à pessoa coletiva e respetivos dirigentes. Já nas empresas de pequena ou média dimensão, a informalidade é mais frequente e o número de trabalhadores afetos a funções de compliance tende a ser reduzido ou mesmo inexistente, pelo que o potencial de desconsideração deste tipo de práticas é superior. Noutra plano, é também notório que as preocupações relacionadas com o compliance se tendem a fazer sentir sobretudo em domínios considerados mais relevantes, seja pela sua materialidade nos resultados da empresa, seja pela intensidade com que o enforcement se faz sentir.

## **Advocatus | Que contributos podem as sociedades de advogados dar?**

**DSM e TG** | Com a proliferação de normas de cariz regulatório em diferentes sectores de atividade, tornou-se necessário um elevado grau de especialização para conseguir dar resposta aos diferentes problemas jurídicos com que as empresas têm de lidar no seu dia-a-dia. Por isso mesmo é cada vez mais difícil para um só advogado dominar e acompanhar de perto as especificidades que cada ramo do Direito impõe e as sucessivas inovações legislativas que reconfiguram o seu enquadramento jurídico. A lógica multidisciplinar em que assentam as estruturas das sociedades de advogados permite dar uma resposta adequada a estes problemas. Desde logo porque concilia a oferta de uma resposta especializada em diferentes matérias com a possibilidade de articulação entre diferentes áreas de prática e as perspetivas e sensibilidade correspondentes. O que permite, no plano da procura de soluções, a obtenção de respostas e soluções tailor-made, com reduzido esforço de implementação por parte do cliente, e ainda, no plano da assessoria jurídica, a constante monitorização — e comunicação ao cliente — de atualizações legislativas ou regulamentares nas mais diferentes áreas de atividade, que tornem necessária a adaptação dos procedimentos internos vigentes.

Advocatus