

O que é o *Compliance*

Compliance traduz-se como “cumprimento”, ou seja, a actuação de acordo com certos padrões obrigatórios de comportamento ou recomendações para uma determinada actividade económica ou profissional. O conceito tem servido para agregar as regras a cumprir, a identificação dos riscos de (non)compliance e o sistema de controlo de cumprimento – que inclui auto-regulação ou, se se preferir, as chamadas “políticas de *compliance*”.

O *compliance*, habitualmente associado à banca e mercados financeiros, tendo em conta o impulso internacional do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, não é um exclusivo deste sector. Interessa a todas as actividades reguladas, ou seja, à generalidade da actividade económica, seja pelo seu enquadramento sectorial (seguros, telecomunicações, energia, segurança alimentar, farmácia, etc.), seja por se cruzar com áreas reguladas com relevância transversal (como o ambiente).

Sistemas eficientes de controlo de cumprimento – ou “políticas de *compliance*” – permitem evitar a prática de crimes ou contra-ordenações, ou, ao menos, reduzir as infracções a acções localizadas de colaboradores contrárias às orientações das empresas. E, conseqüentemente, reduzem as contingências jurídicas, financeiras e reputacionais.

As empresas portuguesas, fora do sector financeiro – ou para além das questões associadas ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo –, ainda estão longe de explorar as



potencialidades do *compliance* enquanto forma de melhorar o seu posicionamento no mercado e de limitar riscos jurídicos, financeiros e reputacionais. O *compliance* é olhado, frequentemente, como custo de estrutura, sem retorno à vista.

Porém, a crescente responsabilização penal e contra-ordenacional das pessoas colectivas e, nalguns casos, a responsabilização pessoal de administradores por actos praticados por outros colaboradores¹, sugerem uma mudança de rumo nas organizações internas, aproveitando os sinais que alguns tribunais vão dando pelo mundo fora.

Em 2015, a questão ganha novo impulso, tendo em conta o inevitável efeito que as alterações do Código Penal Espanhol – com início de vigência no dia 1 de Julho – terão sobre as empresas portuguesas que exercem a sua actividade no país vizinho, como melhor se explicará *infra*.

A responsabilidade criminal das pessoas colectivas e a relevância do *Compliance*

Desde 2007 que se prevê no Código Penal Português (CP) a responsabilidade penal das pessoas colectivas relativamente a alguns crimes, quando cometidos em nome da pessoa colectiva ou entidade equiparada «e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança [,] ou [por] quem aja sob a autoridade das pessoas [atrás] referidas [...] em virtude de uma violação dos deveres de vigilância e controlo que lhes incumbem» (cfr. artigo 11.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*), do CP).

Apesar de só chegar ao Código Penal em 2007, a responsabilidade criminal das pessoas colectivas não era uma novidade em Portugal, estando prevista em diversos diplomas antes de 2007, ainda que não exactamente nos mesmos termos.

¹ Seja por penalização da não adopção de medidas adequadas para pôr termo à infracção (cfr. artigo 401.º, n.º 4, do Código dos Valores Mobiliários), seja por responsabilização subsidiária pelo pagamento de multas e indemnizações (cfr. artigo 11.º, n.º 9, do Código Penal).



Essencial para aferir a responsabilidade penal das pessoas colectivas, por actos praticados por quem não exerça posições de liderança, é a densificação, caso a caso, do que seja a «violação dos deveres de vigilância e controlo que [...] incumbem» às pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança. É aqui que as políticas de *compliance* se revelam fundamentais, uma vez que permitem:

- (i) Enunciar os deveres de vigilância e controlo;
- (ii) Estabelecer mecanismos internos demonstrativos do cumprimento desses deveres;
- (iii) Clarificar o posicionamento institucional da empresa e o papel de cada elemento na cadeia hierárquica;
- (iv) Estratificar responsabilidades, de acordo com a dimensão das empresas, tendo em conta, por um lado, que ninguém pode controlar tudo ao mesmo tempo, mas também, por outro, que tal não pode servir de desculpa para que ninguém controle o que deve ser controlado.

A reforma do Código Penal em Espanha e a sua relevância para as políticas de *Compliance*

Com a Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junho, o Código Penal Espanhol ensaia uma regulação pormenorizada da responsabilidade das pessoas colectivas², incluindo a prática de factos por parte de colaboradores, sujeitos à hierarquia das empresas, por não se ter exercido o devido controlo, atendendo às circunstâncias concretas do caso.

Com a Ley Orgánica 1/2015, de 31 de Março³, o Código Penal Espanhol passa a referir-se à violação grave de deveres de supervisão, vigilância e controlo da actividade (em vez de “devido controlo”) e estabelece condições de *isenção da responsabilidade* para as pessoas colectivas.

Assim, nos casos em que os crimes tenham sido cometidos, em nome e por conta das pessoas colectivas, em seu benefício, pelos seus representantes legais, administradores ou outros que estejam autorizados a

² Como se refere no ponto VII do respectivo preâmbulo: «Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas».

³ Que altera de forma extensa o Código Penal Espanhol, muito para além das questões a que se refere este “destaque”.



actuar em nome da pessoa colectiva ou ostentem faculdades de organização e controlo dentro da mesma, esta está isenta de responsabilidade, se:

- (i) Tiverem sido adoptados previamente modelos de organização e gestão que incluam medidas de vigilância e controlo idóneas a prevenir crimes da mesma natureza ou a reduzir de forma significativa o risco da sua comissão⁴;
- (ii) A supervisão do funcionamento e cumprimento do referido modelo estiver cometida a órgão com poderes autónomos de iniciativa e controlo ou a quem legalmente caiba a supervisão;
- (iii) Os autores individuais tiverem cometido o crime iludindo fraudulentamente os modelos de organização e prevenção; e
- (iv) O órgão de supervisão e controlo não tiver omitido, ou exercido de forma insuficiente, as suas funções de supervisão, vigilância e controlo.

O Código Penal Espanhol esclarece, ainda, que as funções de supervisão podem ser exercidas directamente pelo órgão de administração no caso das pessoas colectivas consideradas de pequenas dimensões – nos termos para que remete o referido código.

Se os crimes tiverem sido praticados por colaborador, sujeito aos dirigentes acima mencionados, a isenção da responsabilidade da pessoa colectiva depende de, previamente, ter sido adoptado e executado eficazmente um modelo de organização e gestão adequado a prevenir crimes da natureza do que foi cometido pelo colaborador ou a reduzir de forma significativa o risco da sua comissão.

Particularmente interessante para as empresas é a indicação que a lei espanhola passa a dar sobre os requisitos dos modelos de organização e gestão que poderão ser considerados para a isenção de responsabilidade das pessoas colectivas:

- (i) Identificação das actividades de risco de violação da lei penal;

⁴ Neste “destaque”, o recurso à palavra *comissão* – em vez de *cometimento* – não decorre apenas de uma tradução literal, mas, sobretudo, do alinhamento com a terminologia tradicionalmente adoptada na doutrina e jurisprudência penal portuguesa, aqui tendencialmente assumido.



- (ii) Estabelecimento de protocolos ou procedimentos que concretizem o processo de formação da vontade da pessoa colectiva, de adopção de decisões e de execução das mesmas;
- (iii) Existência de modelos de gestão dos recursos financeiros adequados para impedir o cometimento de crimes a prevenir;
- (iv) Imposição da obrigação de comunicação de riscos e incumprimentos ao organismo encarregado de vigiar o funcionamento e observância do modelo de prevenção;
- (v) Estabelecimento de um sistema disciplinar que sancione adequadamente o incumprimento das medidas constantes do modelo;
- (vi) Realização de uma verificação periódica do modelo e sua eventual modificação, tendo em conta, designadamente, vicissitudes da pessoa colectiva.

O quadro normativo espanhol agora apresentado – em tradução e paráfrase livre – dá orientações muito relevantes às empresas que possam ser responsabilizadas em Espanha pela prática de crimes. Torna-se agora evidente a necessidade de adoptar políticas de *compliance* claras, com adequados mecanismos de controlo, de forma a evitar que a má conduta de um ou vários trabalhadores – ou até de alguns administradores – arraste a pessoa colectiva para as malhas da responsabilidade penal.

Uma oportunidade de clarificação também para as empresas portuguesas

Recorda-se que, para além do contexto do sector financeiro, a necessidade de adoptar políticas de *compliance* claras já resultava, em especial no quadro da prevenção da corrupção, de várias fontes internacionais, designadamente do *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* – lei dos Estados Unidos da América, de 1977 – e, com particular impulso, do *Bribery Act 2010* do Reino Unido. Agora ganha contornos de maior concretização e abrangência temática, apertando o cerco às muitas empresas portuguesas que têm erradamente entendido que o *compliance* é tema quase exclusivo de quem actua no sector financeiro ou tem uma relação mais intensa com o mercado norte-americano ou britânico.



Com efeito, a densificação dos *deberes de supervisión, vigilancia y control*, em Espanha, advinha-se como fonte adicional de inspiração para a doutrina e para a jurisprudência portuguesa densificarem «os deveres de vigilância e controlo» a que se refere o artigo 11.º do Código Penal Português. Sendo, aliás, de esperar que o desenvolvimento jurisprudencial que certamente se seguirá em Espanha influencie as decisões das jurisdições (incluindo a portuguesa) onde actuam grupos de empresas (também) sujeitos ao Código Penal Espanhol. Diga-se, ainda, que este potencial desresponsabilizador do *compliance*⁵ far-se-á certamente sentir na interpretação dos diversos regimes contra-ordenacionais⁶ vigentes em Portugal, o que é particularmente relevante quando, em várias áreas, as coimas ascendem a € 2.500.000 e, mesmo, a € 5.000.000, podendo estar, ainda, em causa, sanções acessórias que directa ou indirectamente põem termo à actividade das empresas.

Esta alteração do Código Penal Espanhol constitui um importante passo do movimento internacional de aprofundamento do *compliance* nas mais diversas áreas e já não apenas no sector financeiro ou no combate à corrupção.

Parece, assim, inevitável um “efeito espanhol” no esforço que as empresas portuguesas não poderão deixar de fazer para adoptar ou aprofundar políticas de *compliance*. Políticas que terão de ser sempre construídas à medida, tendo em conta as características de cada empresa e das actividades que exerce.

⁵ Ou, ao menos, de limitação da responsabilidade.

⁶ Do regime geral das contra-ordenações aos vários “regimes gerais” sectoriais que lamentavelmente têm proliferado em Portugal.