

Compliance, proteção de denunciantes e combate à corrupção

No primeiro semestre de 2021, foi divulgada a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024 (a “ENCC”), definida por um grupo de trabalho constituído na dependência do Ministério da Justiça para este efeito. Para além de sugerir o ajuste do sistema repressivo e o fortalecimento dos mecanismos de prevenção da corrupção, a ENCC definiu as seguintes prioridades para a redução do fenómeno da corrupção em Portugal:

- Melhoria do conhecimento, da formação e das práticas institucionais em matéria de transparência e integridade;
- Prevenção e deteção dos riscos de corrupção no setor público;
- Compromisso do setor privado na prevenção, deteção e repressão da corrupção;
- Reforço da articulação entre instituições públicas e privadas;
- Garantia de uma aplicação mais eficaz e uniforme dos mecanismos legais de repressão da corrupção, da melhoria do tempo de resposta do sistema judicial e da adequação e da efetividade da punição;
- Produção e divulgação periódica de informação fiável sobre o fenómeno da corrupção;
- Cooperação no plano internacional no combate à corrupção.



Pedro Duro
SÓCIO

Mariana Proença Lobo
ASSOCIADA



No final de 2021, foi aprovado um pacote legislativo particularmente relevante no combate à corrupção em Portugal, em cumprimento da ENCC, composto pelos seguintes diplomas:

- Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de dezembro, que cria o Mecanismo Nacional Anticorrupção e estabelece o Regime Geral de Prevenção da Corrupção (o “RGPC”);
- Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro, que estabelece o regime geral de proteção de denunciantes de infrações (a “Lei de Proteção de Denunciante”); e
- Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, que aprova medidas previstas na ENCC e altera o Código Penal e o Código de Processo Penal (a “Lei n.º 94/2021”).

Publicados em dezembro, o RGPC e a Lei de Proteção de Denunciante entram em vigor em junho de 2022. Já a Lei n.º 94/2021 produz os seus efeitos a partir de 21 de março de 2022. ^{CS'}

1. O Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de dezembro, e o RGPC

O Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de dezembro, traz duas novidades:

- A aprovação do RGPC, aplicável:
 - › «às pessoas coletivas com sede em Portugal que empreguem 50 ou mais trabalhadores e às sucursais em território nacional de pessoas coletivas com sede no estrangeiro que empreguem 50 ou mais trabalhadores»; e
 - › «aos serviços e às pessoas coletivas da administração direta e indireta do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais e do setor público empresarial que empreguem 50 ou mais trabalhadores, e ainda às entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo e ao Banco de Portugal» (as “Entidades Abrangidas”);
- A criação do Mecanismo Nacional Anticorrupção (o “MENAC”), entidade responsável pela fiscalização do cumprimento do RGPC e da Lei de Proteção de Denunciante.

O RGPC vem obrigar as Entidades Abrangidas a:

- Implementar um programa de cumprimento normativo;
- Nomear um Responsável pelo Cumprimento Normativo (“**RCN**”) que garanta e controle a aplicação do programa de cumprimento normativo – deve ser um membro da direção de topo da Entidade Abrangida (ou equiparado).

O programa de cumprimento normativo a aprovar pelas Entidades Abrangidas tem de ser composto, pelo menos, pelos seguintes elementos:

- Um plano de prevenção dos riscos de corrupção e de infrações conexas , que deve cumprir os requisitos estabelecidos no artigo 6.º do RGPC, identificando e classificando as situações e os riscos de corrupção e infrações conexas a que as Entidades Abrangidas possam estar expostas e prevendo medidas preventivas e corretivas que permitam reduzir a probabilidade da sua ocorrência e do seu impacto, devendo ser revisto a cada três anos ou sempre que se justifique;
- Um Código de Conduta, tendo em conta o disposto no artigo 7.º do RGPC, estabelecendo o conjunto de princípios, valores e regras de atuação a que todos os dirigentes e trabalhadores devem obedecer, bem como as sanções disciplinares aplicáveis em caso de incumprimento das normas aí previstas, devendo ser revisto a cada três anos ou sempre que se justifique;
- Um canal de denúncias, a instituir nos termos da Lei de Proteção de Denunciantes (cfr. artigo 8.º do RGPC); e
- Um programa de formação, a elaborar em função da exposição concreta dos titulares dos órgãos de gestão das Entidades Abrangidas e dos respetivos trabalhadores aos riscos de corrupção e infrações conexas, considerando o previsto no artigo 9.º do RGPC.

A execução do programa de prevenção da corrupção é fiscalizada pelo MENAC através dos reportes periódicos a realizar pelas Entidades Abrangidas.



As Entidades Abrangidas terão, ainda, de implementar um sistema de avaliação do programa de cumprimento normativo, destinado ao escrutínio da eficácia dos procedimentos e mecanismos internos de controlo implementados em cumprimento do RGPC. No caso de entidades obrigadas à realização de avaliações de eficácia do sistema de controlo interno (pensamos, especialmente, em entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal ou da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários), este é um aspeto que pode ser contemplado no contexto de tal avaliação.

ORGPC tem um capítulo especialmente dedicado às Entidades Abrangidas que sejam entidades públicas (cfr. artigos 12.º a 16.º) e outro às Entidades Abrangidas que sejam pessoas coletivas de direito privado (cfr. artigos 17.º a 19.º), onde são salientados os aspetos que o legislador entendeu serem necessários acautelar em cada um dos referidos setores e que devem ser tratados nos programas de cumprimento normativo a adotar pelas Entidades Abrangidas.

Ao nível sancionatório, o regime não se afasta diametralmente do que já tem vindo a ser aprovado pelo legislador em diplomas recentes, assentando nos seguintes pressupostos:

- Possibilidade de cumulação de responsabilidade sancionatória decorrente da violação do RGPC com responsabilidade civil, disciplinar e financeira;
- Punibilidade da negligência;
- Responsabilidade das pessoas coletivas pelas contraordenações previstas no RGPC;
- Responsabilidade por omissão dos titulares do órgão de gestão, do RCN e dos diretores de topo;
- Responsabilidade subsidiária dos gestores das pessoas coletivas pelo pagamento das coimas aplicadas;
- Possibilidade de aplicação da sanção acessória de publicidade da decisão condenatória no sítio da Internet do MENAC.

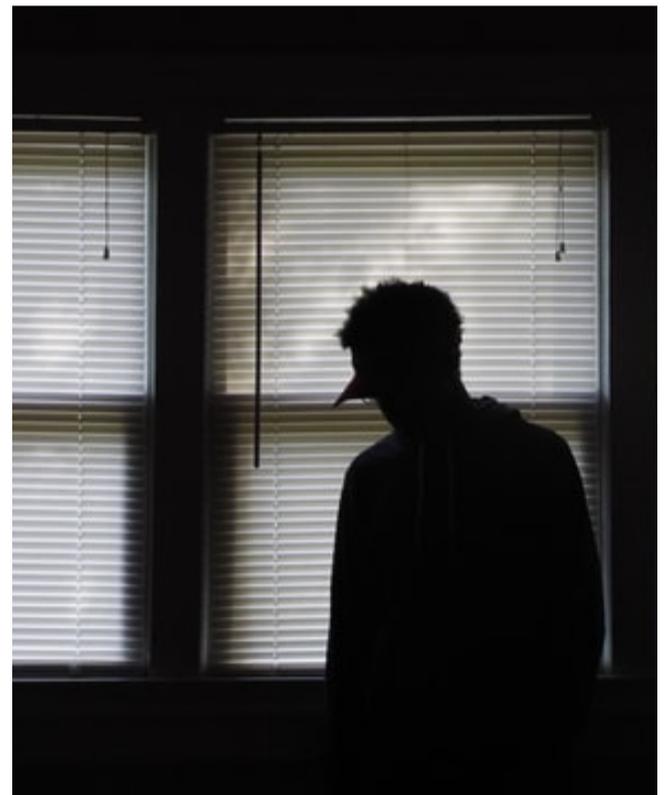
A violação dos deveres resultantes do RGPC é punível com coima entre:

- EUR 2.500,00 e EUR 3.740,98, tratando-se de pessoa singular;
- EUR 1.000,00 e EUR 44.891,91, tratando-se de pessoa coletiva.

Tudo sem prejuízo do impacto que tal violação poderá ter na contaminação da responsabilidade penal da pessoa coletiva pelo crime de corrupção (a este propósito, veja-se o referido em «*Novos rumos para o Compliance – o efeito espanhol*»). ^{CS'}

2. A Lei de Proteção de Denunciantes

A Lei de Proteção de Denunciantes vem, em transposição da Diretiva (UE) 2019/1937, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção de pessoas que denunciam violações do direito da União, estabelecer, por um lado, a obrigação da criação de canais de denúncia por determinadas entidades, e, por outro lado, criar medidas de proteção de denunciantes há tanto reclamadas.



Considera-se denunciante «[a] pessoa singular que denuncie ou divulgue publicamente uma infração com fundamento em informações obtidas no âmbito da sua atividade profissional, independentemente da natureza desta atividade e do setor em que é exercida» (“**Denunciante**”).

O conceito de Denunciante amplo, incluindo, designadamente, trabalhadores dos setores público, privado ou social; prestadores de serviços, contratantes, subcontratantes, fornecedores e quaisquer pessoas que atuem sob a sua supervisão e direção; os titulares de participações sociais e as pessoas singulares pertencentes a órgãos sociais de pessoas coletivas; e voluntários e estagiários, independentemente de serem ou não remunerados.

O regime previsto na Lei aplica-se a quem denuncie violações de normas nacionais e europeias relativas a diversos domínios, incluindo, nomeadamente, contratação pública, serviços, produtos e mercados financeiros, prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, proteção da privacidade e dos dados pessoais, segurança da rede e dos sistemas de informação, criminalidade violenta, altamente organizada e económico-financeira (em especial, os crimes referidos no artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro) (cfr. artigo 2.º).

A denúncia apresentada através do canal de denúncias, devendo respeitar o âmbito subjetivo definido no diploma, pode ter por objeto (cfr. artigo 4.º):

- Infrações cometidas e tentativas da sua ocultação;
- Infrações que estejam a ser cometidas e tentativas da sua ocultação;
- Infrações cujo cometimento se possa razoavelmente prever.

Mas são apenas os Denunciantes os protegidos por este diploma? Não. Beneficiam das medidas de proteção previstas na Lei (os “**Protegidos**”), para além dos Denunciantes:

- As pessoas singulares que auxiliem o Denunciante no procedimento de denúncia e cujo auxílio deva ser confidencial (incluindo representantes sindicais ou representantes dos trabalhadores);
- Terceiros que estejam ligados ao Denunciante e que possam ser alvo de retaliação (designadamente, colegas de trabalho ou familiares); e
- As pessoas coletivas ou entidades equiparadas que sejam detidas ou controladas pelo denunciante, para as quais o denunciante trabalhe ou com as quais esteja de alguma forma ligado num contexto profissional (cfr. artigo 6.º).

A proteção não é, no entanto, automática. Os Protegidos beneficiam do regime previsto na Lei de Proteção de Denunciantes se, no momento da denúncia ou da divulgação pública, o Denunciante (cfr. artigo 6.º, n.º 1):

- Estiver de boa-fé; e
- Tiver sério fundamento para crer que as informações são verdadeiras.

A regra é a da apresentação da denúncia através dos canais de denúncia internos. Sem prejuízo, admite-se o recurso a canais de denúncia externos quando (cfr. artigo 7.º, n.ºs 1 e 2):

- Não exista canal de denúncia interno;
- O canal de denúncia interno admita apenas a apresentação de denúncias por trabalhadores, não o sendo o Denunciante;
- O Denunciante tenha motivos razoáveis para crer que a infração não pode ser eficazmente conhecida ou resolvida a nível interno ou que existe risco de retaliação;
- O Denunciante tenha inicialmente apresentado uma denúncia interna sem que lhe tenham sido comunicadas as medidas previstas ou adotadas na sequência da denúncia nos prazos previstos no artigo 11.º da Lei; ou
- A infração constitua crime ou contraordenação punível com coima superior a EUR 50.000,00.

Para além da denúncia através de canais internos e externos, a Lei de Proteção de Denunciantes admite, ainda, a divulgação pública da infração. No entanto, considerando a precedência dos outros dois meios de denúncia, a divulgação pública apenas é permitida quando o Denunciante (cfr. artigo 7.º, n.º 3):

- Tenha motivos razoáveis para crer que a infração pode constituir um perigo iminente ou manifesto para o interesse público, que a infração não pode ser eficazmente conhecida ou resolvida pelas autoridades competentes, atendendo às circunstâncias específicas do caso, ou que existe um risco de retaliação inclusivamente em caso de denúncia externa; ou
- Tenha apresentado uma denúncia interna e uma denúncia externa, ou diretamente uma denúncia externa nos termos previstos na Lei, sem que tenham sido adotadas medidas adequadas nos prazos previstos nos artigos 11.º e 15.º.

As Entidades Abrangidas notificam o Denunciante, no prazo de sete dias, da receção da denúncia e informam-no, de forma clara e acessível, dos requisitos, autoridades competentes e da forma e admissibilidade da denúncia externa. As Entidades Abrangidas informam o Denunciante, no prazo de três meses a contar da apresentação da denúncia, sobre as medidas previstas ou adotadas para lhe dar seguimento. O Denunciante pode, a qualquer momento, solicitar que as Entidades Abrangidas lhe comuniquem o resultado da análise efetuada à denúncia no prazo de 15 dias após a respetiva conclusão (cfr. artigos 11.º e 15.º).

Todas as denúncias recebidas devem ser conservadas pelo período mínimo de cinco anos ou durante a pendência de processos judiciais ou administrativos referentes à denúncia, em suporte duradouro (cfr. artigo 20.º).

Quanto às garantias dos Protegidos, a Lei assenta em dois pilares fundamentais: a proibição da retaliação e a concessão de apoios para reação a eventuais situações de retaliação de que venham a ser alvo na sequência da apresentação de uma denúncia.

Considera-se ato de retaliação «o ato ou omissão que, direta ou indiretamente, ocorrendo em contexto profissional e motivado por uma denúncia interna, externa ou divulgação pública, cause ou possa causar ao denunciante, de modo injustificado, danos patrimoniais ou não patrimoniais», presumindo-se retaliativos os seguintes atos, quando praticados nos dois anos subsequentes à apresentação da denúncia ou divulgação pública:

- Alterações das condições de trabalho, tais como funções, horário, local de trabalho ou retribuição, não promoção do trabalhador ou incumprimento de deveres laborais;
- Suspensão de contrato de trabalho;
- Avaliação negativa de desempenho ou referência negativa para fins de emprego;
- Não conversão de um contrato de trabalho a termo num contrato sem termo, sempre que o trabalhador tivesse expectativas legítimas nessa conversão;
- Não renovação de um contrato de trabalho a termo;
- Despedimento;
- Inclusão numa lista, com base em acordo à escala setorial, que possa levar à impossibilidade de, no futuro, o denunciante encontrar emprego no setor ou indústria em causa;
- Resolução de contrato de fornecimento ou de prestação de serviços;
- Revogação de ato ou resolução de contrato administrativo, conforme definidos nos termos do Código do Procedimento Administrativo.

Presume-se, ainda, abusiva a sanção disciplinar aplicada nos dois anos subsequentes à apresentação da denúncia.

No que concerne às medidas de apoio, os Protegidos têm direito a proteção jurídica nos termos gerais e podem beneficiar das medidas de proteção de testemunhas em processo penal, aprovadas pela Lei n.º 93/99, de 14 de julho.



Antecipando a possibilidade de existência de situações em que os Denunciantes renunciam ou limitam, por via contratual, os direitos e garantias previstos na Lei de Proteção de Denunciantes, o legislador nacional esclareceu que não só não é tal renúncia e ou limitação admissível, como previu especificamente a nulidade de quaisquer disposições contratuais que visem limitar ou que constituam obstáculo à apresentação ou ao seguimento de denúncias, bem como à divulgação pública das infrações.

À semelhança do que se verifica quanto ao RGPC, também o regime sancionatório previsto na Lei de Proteção de Denunciantes não traz grandes novidades, assentando na responsabilização de pessoas singulares e coletivas e na punibilidade da tentativa e da negligência.

A violação do previsto neste diploma pode constituir contraordenação grave ou muito grave, sendo aplicáveis coimas dentro dos seguintes intervalos sancionatórios (sendo possível a sua cumulação com sanções acessórias, nos termos previstos no Regime Geral das Contraordenações):

- Contraordenações graves:
 - › Pessoas singulares: EUR 500,00 a EUR 12.500,00;
 - › Pessoas coletivas: EUR 1.000,00 a EUR 125.000,00;

- Contraordenações muito graves:
 - › Pessoas singulares: EUR 1.000,00 a EUR 25.000,00;
 - › Pessoas coletivas: EUR 10.000,00 a EUR 250.000,00.

3. A Lei n.º 94/2021

Uma breve nota para as medidas aprovadas pela Lei n.º 94/2021.

Para além de alterações à lei que prevê os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos e públicos cometidos no exercício de funções (Lei n.º 34/87, de 16 de julho, republicada em anexo à Lei n.º 94/2021, este diploma introduz diversas alterações ao Código Penal e a diversa legislação extravagante já aprovada sobre estas matérias, bem como ao Código de Processo Penal.

As alterações passam, entre tantas outras, pelo alargamento do catálogo dos crimes que fundamentam a responsabilidade criminal das pessoas coletivas e do conceito de “posição de liderança” (que passa a incluir também membros não executivos do órgão de administração e membros do órgão de fiscalização), pelo aumento do prazo de prescrição aplicáveis aos crimes de corrupção e infrações conexas e pela alteração do regime de dispensa de pena previsto no artigo 374.º-B do Código Penal. A isto acresce a introdução do artigo 377.º-A do Código Penal, que prevê um regime de atenuação especial da pena quando estejam em causa crimes de peculato e de participação económica em negócio, contanto que «até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, o agente [colabore] ativamente na descoberta da verdade, contribuindo de forma relevante para a prova dos factos» – regime que não é completamente inovador, estando prevista idêntica possibilidade no artigo 374.º-B, n.º 5, do Código Penal (que sucede à alínea a) do n.º 2 do mesmo artigo), a propósito dos crimes de corrupção ativa e corrupção passiva. ^{CS'}



Comentários finais

Esperava-se que o pacote legislativo publicado em dezembro de 2021 fosse mais longe na luta contra a corrupção. O que fica, depois da análise do pacote composto pelos três diplomas acima citados, é uma sensação agriçosa: sendo de reconhecer o esforço encetado no combate à corrupção, não pode deixar de se assinalar que as medidas aprovadas ficaram aquém do esperado, em particular quanto ao destaque que podia ter sido dado aos programas de cumprimento normativo.

Aprovação destes programas constitui uma obrigação. No entanto, o que têm as pessoas coletivas a ganhar com a sua aprovação? Para além de garantirem uma cultura interna de combate à corrupção (que já se vem enraizando na última década, tendo em conta as exigências de um mercado cada vez mais global e em que a prevenção da corrupção está na ordem do dia, a par com a prevenção do branqueamento de capitais), pouco ou nada.

Epouco ou nada porquê? Porque a aprovação de programas de cumprimento normativo, contrariamente ao que vem sendo reclamado nos últimos anos e se esperava que tivesse sido aprovado em execução da ENCC, não constitui

causa de exclusão da responsabilidade das pessoas coletivas, estando, aliás, prevista como causa de atenuação no novo n.º 4 do artigo 90.º-A do Código Penal – o que, na prática, dificulta particularmente a pretensão de os ter como causa de exclusão da responsabilidade. Exclusão que não poderá deixar de se impor em diversas situações concretas.

Ainda que se pudesse impor às pessoas coletivas aprovação de programas de cumprimento normativo, esperava-se que o regime recompensasse aquelas entidades que aprovam programas robustos, eficazes e verdadeiramente orientados para a prevenção e para o combate deste fenómeno transnacional, nomeadamente através da previsão expressa da exclusão da responsabilidade penal das pessoas coletivas. Recompensa que motivaria as pessoas coletivas a pensarem nestes programas com a dedicação pretendida e que teria como principal vantagem a convicção endógena da bondade e da necessidade da sua adoção – fator que é da maior importância na implementação de sistemas de controlo interno eficazes.

CS'