

OPINIÃO



Rui Patrício

Advogado (sócio da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados, coordenador da área de contencioso e criminal, contraordenacional e *compliance*)

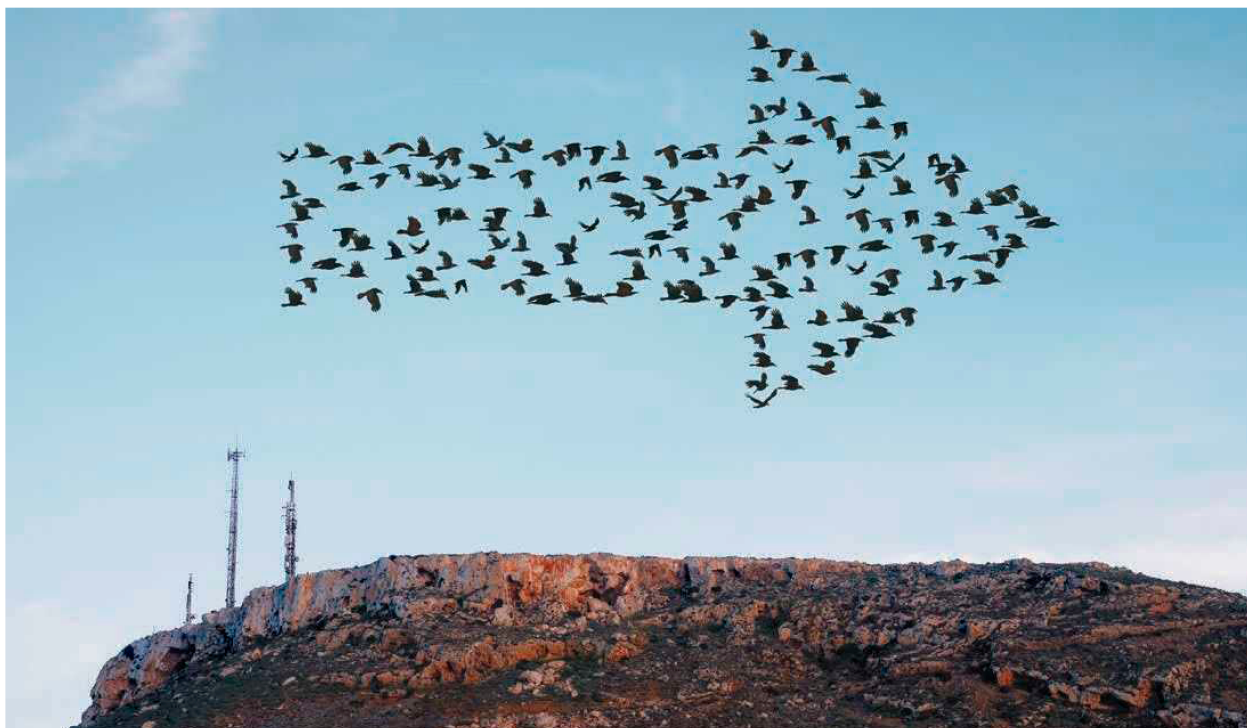
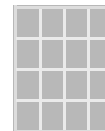
Compliance é prevenção, mas também é defesa

O *compliance* pode ser um poderoso instrumento de defesa quando a empresa ou a instituição enfrenta processos judiciais, sobretudo nos campos criminal e contraordenacional

Em janeiro de 2012, aqui na *EXAME*, publiquei com a minha colega Filipa Marques Júnior um artigo intitulado “Compliance, what?”. Quer o título quer o texto tinham como principal objetivo chamar a atenção para a necessidade do *compliance* e para a insuficiente penetração que ainda tinha em Portugal. Passaram mais de quatro anos e pode dizer-se que as coisas mudaram – aliás, hoje em dia tudo muda rapidamente, ao ponto de a velocidade ser uma das marcas (e dos perigos) do mundo em que vivemos. O franzir do sobrolho perante o *compliance* (por perplexidade ou rejeição) que ali referíamos foi desaparecendo e o que começou por se estranhar foi-se entranhando. Por um lado, porque aumentaram as obrigações em matéria de *compliance* (nomeadamente para algumas áreas, como a financeira, a energética e outras com dimensão ambiental, *et cetera*, ou para certo tipo de relações, como as que se estabelecem com funcionários públicos); por outro lado, porque se trilhou um caminho de consciencialização da importância do *compliance*, e, finalmente, porque aumentou um clima legislativo, mediático e sociológico de escrutínio e censura relativamente à vida das empresas e das instituições, de tal modo que dotar-se de mecanismos, instrumentos e pessoas dedicados a assegurar a conformidade com

princípios, regras, normas e padrões (obrigatórios ou aconselháveis) se tornou muito mais do que uma boa prática, passando a ser uma evidência, nalguns casos mesmo uma prioridade.

A pergunta hoje já não é “Compliance, what?”, porque se encontra entranhada a ideia da sua importância, já se sabe o que é e já se conhecem, em geral, as quatro razões pelas quais se trata de um ponto que não pode ser negligenciado. Primeiro, porque é obrigatório, em muitos casos. Segundo, porque é conveniente, já que previne e protege. Terceiro, porque contribui para reforçar a cultura empresarial ou institucional. Quarto, porque pode mesmo ser uma oportunidade de negócio, nomeadamente na medida em que cada vez mais nas relações entre empresas e/ou instituições (públicas e privadas) se valoriza o seu caráter *compliant* ou não. A pergunta hoje é outra, é “Compliance, how?”, já que o desafio se centra nas melhores definição e construção concretas do sistema de *compliance* em cada uma das casas de que os gestores têm que cuidar. Sabemos que os passos de um adequado sistema de *compliance* são seis (avaliar, elaborar, comunicar, formar, investigar e sancionar), mas dizer isso é ainda dizer pouco quando se trata de enfrentar cada sistema concreto de *compliance*. Embora seja, em geral, fortemente regulado (sobretudo nas áreas onde o conjunto de



CETTYIMAGES

obrigações legais ou regulamentares é maior e/ou mais intenso), continua a ser um sistema necessariamente *taylor made* e dominado (como não pode deixar de ser em qualquer área que lide com o risco, e onde as obrigações principais são de meios e não de resultado) por uma ideia essencial de *risk based approach*. Razões pelas quais a sua construção e a sua vida não podem deixar de ser acompanhadas com o maior cuidado e pelos profissionais, internos e externos, mais preparados. Aliás, se assim não for, não só se corre o risco de não corresponder aos padrões exigíveis, como também de o *compliance* se virar contra a empresa ou a instituição, pois os seus defeitos tornam-se, eles mesmos, fatores de risco, de incumprimento e de censura (“podendo ser pior a emenda que o soneto”). O “como” é, pois, a questão crítica. Por exemplo, um deficiente código de conduta pode ser mais nocivo do que a ausência de um. Um incorreto sistema de conhecimento do cliente e/ou da transação pode ser mais perigoso do que a sua incipiência. *Et cetera*.

Mas há outra questão importante, que é “Compliance, what for?”. E isto porque, se existe consciência das quatro (pelo menos das três primeiras) razões referidas acima para que um adequado e cuidado sistema de *compliance* não possa ser negligenciado, existe uma quinta razão, não menos importante,

acerca da qual não existe entre nós ainda suficiente percepção. Com efeito, o *compliance* pode ser um poderoso instrumento de defesa quando a empresa ou a instituição enfrenta processos judiciais, sobretudo nos campos criminal e contraordenacional (menos no campo civil, dada a natureza e os princípios desta, embora exista alguma margem de defesa na área da responsabilidade civil delitual). Na verdade, vigora hoje na área criminal, expressamente, bem como, a meu ver, na área contraordenacional (expressamente em certos sectores de atividade e ‘implicitamente’ em todos), o princípio segundo o qual atuações individuais não responsabilizam a pessoa coletiva se o agente tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito – as quais podem, e devem, estar contidas num adequado sistema de *compliance*. Por outro lado, a atuação do agente nesses termos pode também ter efeitos (de exclusão) no dolo corporativo. Ponto é que, além de emanarem de quem de direito (donde a questão do *governance* ser essencial), essas ordens ou instruções sejam claras, concretas e determinadas e sobre elas tenha havido comunicação e formação. O que nos faz, sempre, regressar ao “how”, do qual depende a eficácia do “what for”, seja para qualquer uma das razões clássicas, seja para esta importante vertente da defesa da pessoa coletiva. ●