Publicado no Jornal i Online
30/01/2019

OBSERVATÓRIO CONTRA A FRAUDE

A necessidade de estudar *Compliance* – Por um resultado que seja mais do que "apenas" prático

Não deixa de ser de estranhar que, para além de tímidas abordagens nas escolas de direito, continue a escassear em Portugal, uma abordagem científica mais ampla do Compliance

Nuno Guita

Recordava-me no recente congresso da *World Compliance Association* em Barcelona, que a infelicidade da tradução do termo *Compliance* escondia muito da sua natureza. Assim, *Compliance* não é um processo, não é uma actividade, nem sequer é um conjunto de boas práticas.

Compliance é, pois, um estado de resultado!

Há já vinte anos, desde que as *US Federal Sentencing Guidelines* trouxeram ao mundo o maior contributo sobre as expectativas concretas de resultado de *Compliance* nas organizações e seus órgãos de administração. Para além disto, muito tem sido a prática a ditar impulsionando decisivamente o tema.

Mas não deixa de ser de estranhar que, para além de tímidas abordagens nas escolas de direito, continue a escassear em Portugal, uma abordagem científica mais ampla do *Compliance*, pois a ausência é total.

Podemos atribuir este facto à circunstância de o primado do direito e o princípio da legalidade serem entendidos como autoevidentes e o consequente cumprimento das normas (ou *Compliance*) não carecer de fundamentação. Então será que a esse respeito já ficou tudo dito? Não, de forma alguma! Como de resto a prática do dia-a-dia nos vem revelando.

É, pois, sobretudo a natureza transversal da matéria, que constitui o desafio do *Compliance* organizacional, que não se pode reduzir a uma variedade de áreas jurídicas ou regulatórias. Assim, importaria verdadeiramente inovar todo um conceito regulatório, que muitos, há muito tempo, vêm reconhecendo como necessário. A isto acresce ainda desafios das situações transfronteiriças, com abordagens regulatórias por vezes conflituantes e que parecem inultrapassáveis. É nessa altura que os "práticos" se encontram desprovidos do necessário estudo académico com propostas, abordagens e soluções sustentadas.

Apenas para concretizar, recordemos os requisitos de *fulldisclosure* do FCPA quando em confronto com a protecção que é dada ao delator em sede de procedimento concorrencial na CE. Ou a protecção que algumas jurisdições conferem ao denunciante, quando noutras a testemunha tem o dever de depoimento, ou mesmo a polémica das buscas aos advogados da Jones Day, no *Dieselgate*, na Alemanha. Tudo isto sugere uma certa complexidade para além do que muitos desejariam.

Seria então necessário reflectir de novo, por exemplo, sobre os fundamentos económico-legais para os incentivos ao cumprimento com base na sanção ou na investigação interna de violações de *Compliance* por parte das organizações (o chamado policiamento corporativo). O mesmo se aplica ao propósito sancionatório dos entes colectivos como definido no direito penal português. Talvez isso até explique porque as empresas portuguesas continuam sem perceber o risco sancionatório como suficiente para corrigir as condutas.

Também a relativa ausência de responsabilidade pessoal, quer dos administradores Executivos, quer dos não-Executivos, em matéria de *non-Compliance* organizacional, dificilmente permitem soluções diferentes das que actualmente vigoram. E enquanto se mantiver o mero simbolismo das multas às empresas dificilmente o *Compliance* na empresa será levada a sério. Isto porque devemos perceber que contrariamente aos indivíduos, que desenvolvem condu-

tas (censuráveis ou não), as empresas organizam factores de produção. Sendo pouco útil discutir a ética empresarial sem esta evidência, o que não promove boas práticas empresariais.

Mas se quisermos alcançar soluções de *Compliance* sustentáveis, incluindo uma discriminação positiva para cumpridores, então devemos debater-nos com três questões:

1. Uma discussão profunda sobre as causas de incumprimento normativo no seio das empresas;
2. Desenvolvimento de conceitos e soluções diferenciadores que, a longo prazo sejam credíveis e convincentes;
3. A consistência normativa e legal que permita a qualquer empresa saber quando é responsável, como, e por quais regras (eventualmente violadas). Muitos dos casos de incumprimento resultam efectivamente de exigências difusas e incompreensíveis sobretudo quando estabelecem responsabilidades terceiras (por exemplo na prevenção ao branqueamento de capitais ou controlo das exportações).

Mas estes objetivos só podem ser alcançados através de uma forte ligação e grande proximidade entre ciência e prática.

Como se percebe, tanto nos casos passados como nos presentes e diferentemente do que algumas pessoas desejam, não é assim tão fácil "endireitar" tudo o que está “torto”. Mas como todos sabemos que o próximo escândalo está já à espreita, é urgente e indispensável arregaçar as mangas, antes que nos volte a “cair o céu”.