



**CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DO
SISTEMA DE CONTROLO E DA FUNÇÃO DE
CUMPRIMENTO («COMPLIANCE»)**

CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DO SISTEMA DE CONTROLO E DA FUNÇÃO DE
CUMPRIMENTO («COMPLIANCE»)

I – INTRODUÇÃO

a) *Considerações Preliminares*

1. Como abundantemente se revela na comum experiência da vida, o desenvolvimento e crescente complexidade do processo económico, conduzem, por si próprios – mesmo nos regimes liberais mais ostensivos –, à multiplicação de intervenções dos diversos poderes legislativos, que vão fixando, segundo as perspectivas políticas dominantes, e em vista das necessidades sucessivamente detectadas, requisitos, limites e quadros normativos que balizem a iniciativa e o desenvolvimento empresariais.

Constata-se que a prossecução das actividades económicas convoca a concorrência de plúrimos interesses não justaponíveis, frequentemente conflituantes e, por vezes, contraditórios, que o simples funcionamento do mercado não consegue – ou, pelo menos, não consegue sempre – harmonizar eficazmente, segundo padrões desejados.

Ao invés, geram-se, com recorrência, distorções e perversões várias que tendem a favorecer o aproveitamento por quem, por uma razão ou outra, se apresenta em posição de privilégio, quiçá mesmo determinante, em prejuízo de quem mais justificaria tutela.

Os tempos que temos vivido são especialmente pródigos na ilustração desta realidade. Mas têm ainda a virtualidade de mostrar que o fenómeno da globalização



potencia enormemente os riscos dos excessos e de *desordem*, quanto mais não seja pelo flagrante perigo de contágio.

Há, pois, sem dúvida, razões sérias a suportarem as actuações regulamentares, as quais assumem, desta forma, um carácter verdadeiramente sistémico.

Está, então, em causa, a definição de critérios e paradigmas ético-jurídicos que, tendo em conta a natureza, objecto, finalidade e impactos das diversas actividades económico-empresariais, as devem orientar e reger, bem como a respectiva tradução nos acervos normativos a que se devem submeter.

Independentemente das diferenças, há, todavia, sempre a pretensão de procurar a melhor hierarquização e a mais equilibrada composição das posições em confronto, o que, aliás, faz com que a temática dos conflitos de interesses se anuncie como uma das matérias matriciais neste domínio ⁽¹⁾.

Num mundo em mudança, permanente e vertiginosa, intui-se a tentação, muitas vezes sem a apropriada resistência, de também modificar constantemente as regras, não raro muito para além do desejável e, sobretudo, do necessário.

Em todo o caso, as soluções concretas não escapam ao teste da adequação às realidades a que se dirigem nem, com ele, ao escrutínio, de mérito e de oportunidade, de destinatários, estudiosos e aplicadores.

O resultado de um e outro constituem, por um lado, um referencial incontornável de reflexão; mas é também, por isso mesmo, um catalisador mais da sanha legiferante.

2. Entende-se, decerto sem a reivindicação de outras considerações complementares, que este movimento se expresse com particular acuidade no plano das actividades e entidades que gerem ou utilizam, como bem nuclear, recursos

⁽¹⁾- Para uma panorâmica geral da matéria em múltiplas manifestações, pode ver-se, por todos, a obra colectiva de Paulo Câmara e Outros, *Conflito de Interesses no Direito Societário e Financeiro – Um Balanço a Partir da Crise Financeira*, Almedina, Coimbra, 2010.



fornecidos pelo público – independentemente do modo como opera a captação e dos instrumentos que a dinamizam – e os colocam ao alcance de quem deles precisa.

À cabeça, surge, naturalmente, o sector financeiro ⁽²⁾. A tutela dos aforradores e dos investidores em geral, enquanto fornecedores de meios indispensáveis ao financiamento e ao funcionamento da economia, arvora-se como um factor imprescindível da confiabilidade e estabilidade do próprio sistema e, logo, do seu sucesso. Mas também a protecção dos que recorrem ao crédito tem vindo a ser contínua e cada vez mais profundamente reclamada, visando, sobretudo, a transparência, rigor e completude da informação, em ordem a garantir tomadas de decisão esclarecidas e maduras.

Por isso, a indústria financeira é, consabidamente, a mais regulamentada de todas as que se praticam, mesmo quando, por vezes, possa parecer existirem falhas clamorosas.

Esta sensação de omissão – por vezes de vazio – intensifica-se, obviamente, quando eclodem incidências anómalas – mesmo irregularidades ou fraudes – que evidenciam fragilidades sistemáticas, com consequências, amiúde, penosas, as quais, a mais das entidades directamente envolvidas e dos titulares dos interesses que, tendo-as como centro e razão de ser, se criam, desenvolvem e agrupam à sua volta, podem afectar relevantemente a comunidade em geral ou franjas significativas dela.

A reacção natural – aliás assumida repetidamente como uma exigência ético-política – é, uma vez mais, a proliferação da regulação aos diferentes níveis em que opera, concretizando-se, nomeadamente, em sucessivos ajustamentos e modificações das que já existem, mas também da introdução de novas normas, crescentemente mais exigentes e mais complexas.

É, com efeito, a realidade a que quotidianamente assistimos, no plano nacional como no internacional.

⁽²⁾- Que aqui referencio em sentido amplo, abrangendo não só as instituições de crédito e sociedades financeiras, mas também as empresas seguradoras com relação ao seu papel na produção e comercialização dos chamados seguros financeiros, em que, realmente, se aproximam da função típica, por excelência, dos bancos.



3. Mas o objectivo não se alcança, manifestamente, com a mera emanção de regras, por mais virtuosas que sejam. É absolutamente imprescindível que os seus destinatários as acatem e lhes dêem satisfação.

As normas jurídicas contêm, por isso, inerente a si próprias, o risco do incumprimento, como, aliás, é apanágio de todo o dever ser.

O instrumento tradicional típico usado para garantir a coercibilidade é o sancionamento repressivo, nas diversas modalidades que reveste, designadamente de natureza punitiva e compulsória. Ainda assim, revela-se bastas vezes insuficiente e ineficaz.

São diversas as razões que para isso concorrem. Vale a pena recordar as mais evidentes.

Desde logo, está o facto de, operando *a posteriori*, a sanção não obstar à ocorrência do incumprimento a que reage, mas intentar, somente, a reparação, ainda que, porventura, da melhor maneira possível.

Doutro passo, as sanções repressivas podem não ser – e muitas vezes não são – adequadas ao dano que reprimem: umas vezes porque a moldura é, por si mesma, insuficiente; outras porque, sendo normalmente apropriada, circunstâncias da vida que rodeiam o incumprimento a tornam, todavia, desajustada à dimensão do caso concreto; outras ainda porque a natureza, as características, ou mesmo as consequências efectivas do facto ilícito o constituem como realmente irreparável; também porque nem sempre os sancionados estão em condições de suportar, pelo menos integralmente, as sanções, quando estas lhes são aplicadas.

Constata-se, de resto, que, mesmo quando elas são plenamente justificadas e ingentes, o desencadeamento ocorre frequentemente em momento tardio, seja na decorrência do atraso com que a infracção é detectada, ou pelas vicissitudes do processo que suporta a decisão.



Perspectiva-se, deste modo, a necessidade de complementar o recurso ao sancionamento repressivo – por isso sem abrir mão dele – com outros mecanismos mobilizadores do cumprimento, privilegiando a vertente da prevenção.

4. Conhecido o poder dos meios de comunicação social, nas multifacetadas formas em que se manifesta e exerce, intui-se que a divulgação pública de sanções, factos sancionados ou até, no limite, da abertura ou do decurso de procedimentos sancionatórios contra imputados infractores poderá assumir (assume!) um papel de enorme valia na desmotivação de condutas desconformes com a lei.

Numa palavra, está em causa a reputação dos agentes económicos. E isso, é claro, reveste uma importância crucial, muitas vezes decisiva, no êxito das actividades, com directa projecção sobre os resultados, sobretudo num tempo em que, cada vez mais, *tudo se conhece, tudo se comenta, tudo se avalia e todos participam e partilham*.

Não cabe aqui apreciar, em detalhe, nem os riscos, nem os benefícios da publicitação – em síntese, o seu mérito –, nem, por conseguinte, ponderar os métodos e parâmetros em que razoavelmente seja admissível.

Sabe-se que ela tem vindo a ser crescentemente acolhida, comumente sob a capa da sanção acessória.

Mas o apelo à reputação, como fenómeno que também se conexas com o cumprimento das exigências legais relativas à actividade, introduz um factor acrescido de motivação para que se crie, no seio das próprias organizações empresariais, uma cultura de actuação em conformidade com o Direito e se desenvolvam nelas estruturas que, de um modo particular, a estimulem, a promovam, e catalisem e controlem as políticas, procedimentos e práticas com vista a consecução desse desiderato.

Servem-se, assim, interesses vários, mas confluentes.

Sem dúvida, o interesse público, observado numa óptica dupla: as actividades desenvolvem-se em consonância com os requisitos, padrões e regras estabelecidos, tendo, evidentemente, como pressuposto que isso é o mais apropriado para o bom funcionamento do mercado, pelo menos segundo o que é desejado nos planos político



e jurídico; assim sendo, os agentes económicos actuam com rigor e, nessa medida, são confiáveis.

Igualmente o interesse das autoridades a quem esteja cometida competência especial para acompanhar o exercício das actividades em causa, pelo menos em razão de que a existência desses instrumentos potencia que melhor se atinja o objectivo em vista, minimizando a probabilidade da ocorrência de incidências consideráveis.

Mas também, seguramente, o objectivo das entidades empresariais a quem cabe cumprir, porque, assim, ficam em melhores condições para prevenir, controlar e mitigar os riscos de sanções de qualquer tipo, com o correspondente impacto na situação económica e na reputação.

Neste contexto, e em suma, do que se trata é, pois, de definir e inserir no seio das próprias empresas uma arquitectura de recursos, meios e tarefas que corporize a preocupação de exercício da actividade de acordo com a disciplina jurídica global aplicável, exponencie as possibilidades efectivas de o conseguir e acompanhe as incidências que possam verificar-se, em ordem à diminuição e superação dos seus efeitos, com especial incidência nas situações em que, pela natureza ou características do objecto empresarial, tipo de interesses servidos, forma de organização adoptada ou outra razão relevante, se colocam especiais exigências neste domínio.

5. Justifica-se aqui uma nota de carácter semântico.

Na designação de origem em língua inglesa, esta realidade é genericamente designada por *compliance* ou função de *compliance* (*compliance function*). E, como acontece com muitos outros termos que reportam fenómenos do mundo da economia, a expressão tem sido assim universalmente aceite e utilizada.

A verdade é que, no nosso caso, a língua portuguesa não dispõe de vocábulo capaz de abarcar, na plenitude, todo o âmbito abrangido.

Com efeito, as alternativas que se têm apresentado são as de recorrer às palavras *conformidade* ou *cumprimento*.



A primeira corresponde a uma tradução literal, dando expressão, fundamentalmente, ao resultado que é visado. Por contrapartida, não se ajusta a reflectir adequadamente a realidade que o precede, que é construída para o atingir e que, em bom rigor, constitui, em si, a resposta à preocupação e ao objectivo determinantes.

A segunda é mais apropriada a consegui-lo sem, a meu ver, chegar a padecer do vício de induzir a subalternização do resultado. Sem embargo, tem o inconveniente de se afastar mais do significado vernáculo.

Havendo que optar entre o que melhor corresponde ao sentido verbal e o que melhor manifesta o ideográfico, parece-me preferível esta última solução, que será privilegiadamente usada nas páginas seguintes ⁽³⁾.

b) Fundamentos e caracterização geral

6. A partir das considerações expostas, não é difícil sumariar os fundamentos de um sistema de cumprimento e da função que o concretiza, nem avançar o que genericamente os caracteriza.

Está em causa proporcionar que as empresas se comprometam activamente no acolhimento e prática da disciplina que rege as respectivas actividades, através de iniciativas próprias que devem auto-promover para esse efeito, quer no plano de adequação das políticas, procedimentos e práticas aos requisitos e exigências normativas, tomando as decisões e adoptando e implementando as medidas que se mostrem necessárias, quer no plano do seguimento, para assegurar a contínua

⁽³⁾- A dificuldade tem sido também sentida pelo próprio legislador, como se deduz do mero cotejo entre o artº 305º-A do Código dos Valores Mobiliários e o artº 17º do Aviso do Banco de Portugal nº 5/2008, de 1 de Julho.

Mais explicitamente em consonância com a opção acolhida no texto, *vd.* o artº 11ºA, nº 2, do Regulamento da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários nº 2/2007, de 5 de Novembro, na redacção do Regulamento, da mesma entidade, nº 3/2008, de 3 de Julho.



regularidade da actividade, identificar incidências que ocorram e impulsionar a sua superação.

Subjacente está que os mecanismos tradicionais dirigidos a suportar a coercibilidade, conquanto permaneçam, normalmente, imprescindíveis, não são suficientemente eficientes para promover uma cultura de cumprimento nem, de todo o modo, o tutelam pela via mais virtuosa.

Em todo o caso – isto é, independentemente disso, embora também por isso –, importa providenciar que os próprios destinatários das normas se envolvam empenhadamente na sua satisfação, porque essa é a primeira e principal garantia de que ela se verificará naturalmente, sem contingências relevantes, e, do mesmo passo, se dinamizam rotinas para responder a estas, quando e se ocorrerem.

O que se requer é, pois, a institucionalização de um paradigma, de carácter prioritário e predominantemente preventivo, dirigido a que a cultura, o ambiente, as orientações, os valores, os princípios e as práticas efectivas das entidades traduzam e materializem a conformidade da actividade com elas, desde o momento em que as normas se tornam aplicáveis.

Será, portanto, imprescindível que, atempadamente, se adoptem e implementem as providências adequadas às novas exigências que vão surgindo; mas é também necessário acompanhar o desenvolvimento da actividade para, quanto possível, detectar anomalias, deficiências e irregularidades susceptíveis de pôr em causa o cumprimento dos dispositivos relevantes, impulsionando a superação e, quando apropriado, procedendo à reparação que se imponha.

O universo composto pelos modos de organização, recursos, processos e instrumentos utilizados, políticas definidas e os programas de actuação é genericamente conhecido por *sistema de controlo de cumprimento*; nele se integra também a denominada *função de cumprimento*, fórmula que exprime, prevalentemente, o trabalho desenvolvido e a estrutura montada para atingir os objectivos em vista.



Estas expressões são, no entanto, usadas, também, frequentemente, em sinonímia, privilegiando o sentido mais amplo. E a própria lei o faz, como se pode ver na comparação entre os já citados artºs 305º-A do Código dos Valores Mobiliários ⁽⁴⁾ e o artº 17º do Aviso do Banco de Portugal nº 5/2008, de 1 de Julho ⁽⁵⁾.

A questão não tem, todavia, relevância prática significativa, manifestando, sobretudo, dificuldades semânticas, comuns em áreas do conhecimento e da literatura ainda muito jovens e pouco solidificadas. Cumpre, em todo o caso, estar atento, para poder avaliar ajustadamente aquilo de que realmente se fala em cada situação concreta.

De qualquer modo, o sistema de controlo de cumprimento e a função que o exercita referem-se à prevenção, seguimento e mitigação do correspondente risco, traduzido na possibilidade de afectação da situação patrimonial das entidades empresariais, na decorrência de acções ou omissões violadoras de normativos aplicáveis e materializada, designadamente, «*em sanções de carácter legal, na limitação de oportunidades de negócio, na redução do potencial de expansão ou na impossibilidade de exigir o cumprimento de obrigações contratuais*» ⁽⁶⁾.

c) *Tendências*

7. Apesar da fortaleza dos fundamentos que o suportam e da natureza dos motivos que o orientam, o sistema de controlo de cumprimento está longe de constituir um imperativo legal universal. Quer isto dizer que, no estágio actual da evolução, ele não se apresenta como uma exigência dirigida a todas as entidades que actuam no circuito económico, como elemento indispensável do respectivo modelo de governo corporativo.

⁽⁴⁾- Doravante designado no texto por CVM.

⁽⁵⁾- Doravante designado no texto por Aviso nº 5/2008.

⁽⁶⁾- *Ex vi* da definição legal de risco de cumprimento acolhida pela al. f) do artº 11º do Aviso nº 5/2008.



Pelo contrário, como se constatará na exposição subsequente, é muito limitado o leque de empresas abrangidas, fundamentalmente situadas no quadro do sistema financeiro.

Isto não significa, é claro, que qualquer empresa não sujeita esteja impedida de, *motu proprio*, criar e desenvolver mecanismos típicos do sistema ou da função de cumprimento. Se o fizer, age, contudo, no domínio pleno da sua liberdade.

Tem, é certo, a ganhar, e a mais de um título.

Desde logo, porque a reivindicação de as empresas agirem em consonância com o complexo das suas obrigações normativas vai sendo, crescentemente, uma reclamação social, tanto quanto um inexorável requerimento legal.

Daí que a avaliação que o conjunto dos diversos interlocutores das empresas dela faz, com destaque para os seus próprios clientes e fornecedores, não prescinda de levar em conta o mérito que demonstra neste *apartado*.

Está em causa, sem dúvida, o juízo sobre a honorabilidade no que respeita à satisfação de vínculos contratuais e, logo, saber a probabilidade de êxito nos negócios que se estabelecerem. Mas, não menos do que isso, está, também, *v.g.*, a confiabilidade nos produtos e serviços oferecidos, o rigor das contas, a credibilidade dos processos de preparação e dos conteúdos da informação divulgada, a capacidade de atrair financiamentos e investimentos necessários à prossecução do objecto empresarial...

O cumprimento é, pois, um factor de prestígio e de reputação, de que nenhum agente está, verdadeiramente, em condições de prescindir, independentemente da sua situação concreta face aos mercados e da posição com que neles se apresenta.

A opção pela introdução voluntária de modelos internos de controlo de cumprimento comporta igualmente um outro ganho, muito evidente, consubstanciado na prevenção do sofrimento de perdas económico-financeiras, nomeadamente derivadas da aplicação de sanções e de limitações ao desenvolvimento do negócio, o que é, como já dito, em última análise, o objectivo mais directo e imediato que o caracteriza.



Além disso, a criação e promoção de uma cultura dirigida a assegurar a *natural* satisfação dos requisitos e obrigações estabelecidos pela ordem jurídica tem também a virtude de antecipar a preparação das entidades empresariais para acomodar, de forma eficiente e eficaz, futuros imperativos que venham a colocar-se a este nível, com os benefícios daí decorrentes.

8. Temos, então, em síntese, um panorama que se enuncia nos seguintes termos: há um número restrito de situações em que a disponibilização de um sistema interno de controlo de cumprimento no seio das empresas dá resposta a uma previsão legal nesse sentido; fora desses casos, há uma liberdade absoluta de agir, cabendo às entidades empresariais, sem quaisquer restrições ou limitações, decidir sobre o que pretendem.

No primeiro grupo ainda cabe distinguir segundo a intervenção legal é cominatória – como normalmente sucede – ou reveste carácter recomendatório, mesmo quando em termos de acolher o princípio de cumprir ou explicar (*comply or explain*), cada vez mais utilizado em sede de recomendações normativas ⁽⁷⁾.

Face a este cenário, justificar-se-á um par de observações sobre as expectativas de evolução, o que poderá ser também um contributo para uma melhor sindicância da importância que o tema assume.

⁽⁷⁾- Especialmente curiosa, neste domínio, é a situação emergente do Aviso do Banco de Portugal nº 3/2006, de 9 de Maio, entretanto revogado pelo Aviso nº 5/2008.

Dirigido às instituições de crédito e sociedades financeiras, determinou que dispusessem de um sistema de controlo interno em conformidade com os requisitos mínimos fixados no próprio Aviso (nº 1).

Entre os múltiplos objectivos apontados, incluiu-se o controlo dos riscos «legal e de *compliance*» (nº 6, 2), sem, contudo, determinar, pelo menos de uma forma directa e impositiva, a institucionalização de uma estrutura ou função de cumprimento.

Sem embargo, requerendo a apresentação de um relatório anual sobre controlo interno a apresentar pela administração das instituições (nº 11), igualmente estatuiu que nele fosse indicada a adesão às recomendações do Comité de Supervisão Bancária de Basileia (nº 14-6), de acordo com o anexo ao próprio Aviso, e logo, por isso, às relativas a *compliance*, contidas no documento «Compliance and the compliance function in banks», emitido em Abril de 2006 (nº 1 do Anexo).

Finalmente, definidos os mapas de risco a preencher e agregar ao relatório anual, o nº 2 do mesmo Anexo especificamente previa que «em caso de não adesão, total ou parcial, a algumas das recomendações, devem ser explicitados os respectivos motivos».

Adiante, no texto, vai feita uma referência contextualizada ao diploma.



A robustez dos fundamentos e motivos que ancoram a implantação de sistemas internos de controlo de cumprimento e a multiplicidade de interesses que serve são de molde a excluir a ideia de que se tratará, simplesmente, de uma questão de moda, a qual, como outras, se desvanecerá com o passar do tempo.

No mesmo sentido se orienta a agenda de vários organismos e instâncias – internacionais e nacionais –, espelhada em sucessivas declarações, propostas e documentos que, quando menos fortemente impulsionados pelas circunstâncias contemporâneas, apontam, inequívoca e inexoravelmente, para o reforço e solidificação deste instrumento, no quadro mais geral do controlo interno.

A primeira conclusão a extrair, com segurança, é a de que, relativamente ao universo de entidades já actualmente destinatárias dos imperativos legais nesta matéria, a experiência veio para ficar e continuará um trajecto de desenvolvimento e densificação.

Mas é, realmente, de crer que o movimento não se bastará por aqui.

O certo é que a natureza de algumas actividades, a relevância pública delas, a sujeição a regulação ou supervisão por autoridades próprias, bem como o facto de haver recurso ao investimento do público, através dos diversos instrumentos disponíveis, e com especial acuidade quando negociáveis em mercados organizados, são, entre outros, factores que impõem redobrados cuidados quanto ao regular funcionamento das entidades empresariais envolvidas e induzem a vantagem de as submeter a um regime *agravado* de controlo de cumprimento.

Sem especificamente o referirem, há já sinais evidentes na lei positiva de que para aí se caminha.

Sem cuidar de ser exaustivo, vale a pena citar, por serem sintomáticos, o actual artº 70º, nº 2, do Código das Sociedades Comerciais, conjugado com o artº 420º, nº 5, do mesmo diploma ⁽⁸⁾, e o Regulamento da CMVM nº 1/2010, de 1 de Fevereiro.

⁽⁸⁾- Na redacção do Dec.-Lei nº 185/2009, de 12 de Agosto.

O citado artº 70º, nº 2, consagrou o dever, extensivo a todas as sociedades comerciais ⁽⁹⁾, de relatarem a estrutura e as práticas de governo que adoptam, sobrevivendo o encargo, para as que sejam emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, de o relatório incluir os elementos referidos no artº 254º-A do CVM, segundo o que se extrai do indicado artº 420º, nº 5.

Ora, precisamente entre as especificações deste último preceito, estão os *sistemas de controlo interno e de risco de gestão implementados na sociedade* [nº 1, al. m)].

Em plena consonância, neste ponto, está o Regulamento nº 1/2010 da CMVM que, conquanto exclusivamente dirigido às sociedades emitentes de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado, lhes impõe a adopção de um código de governo e determina que o respectivo relatório sobre a estrutura e práticas de governo inclua os elementos e obedeça ao modelo constante do Anexo I (*ex vi* dos arts 1º e 2º, nº 1), no qual, por sua vez, se estatui a *descrição dos sistemas de controlo interno e de gestão de risco implementados na sociedade* (*ex vi* do Capítulo II, Secção I, ponto III-5).

É verdade que em nenhum destes dispositivos se contém uma cominação directa para que as sociedades destinatárias estabeleçam e estruturam uma função de cumprimento. Mas sendo ela uma das componentes típicas do sistema geral de controlo interno, não é difícil vislumbrar aqui um convite implícito a que tal aconteça.

Ora, se levarmos em conta todo o caminho percorrido neste âmbito, natural é que, aquilo que agora é somente um estímulo a que suceda, venha a transformar-se, a um prazo não muito longo, numa verdadeira imposição vinculante.

Porque as razões são substancialmente idênticas, não parece excessivamente ousado antecipar que esta tendência virá, por igual, a atingir todas as entidades qualificadas como de interesse público pelo Dec.-Lei nº 225/2008, de 20 de Novembro (cfr. artº 2º), sendo, aliás, certo que a justificação para as submeter a um regime

⁽⁹⁾- E civis sob forma comercial, atento o artº 1º, nº 4, do mesmo Código.



qualificado de fiscalização facilmente suportará também a obrigatoriedade de institucionalização de uma função de cumprimento ⁽¹⁰⁾.

E o mesmo se poderá dizer quanto a todas as entidades que, podendo embora não cumprir algum dos critérios invocados, estejam, todavia, sujeitas a supervisão de algum *organismo* público, precisamente em razão da importância e das implicações públicas da actividade prosseguida.

A mais disso, e apesar de já em situação distinta, uma vez que a efectiva adopção de um sistema de controlo de cumprimento por parte das entidades empresariais tende a ser um factor de prestígio e de reputação, não custa admitir que, sobretudo as mais expostas ao escrutínio social venham, progressivamente, a enveredar voluntariamente por essa via, à semelhança, de resto, com o que tem sido visto suceder em outros domínios com semelhantes tipos de impactos, como será, *v.g.*, o caso da responsabilidade social.

A questão do controlo de cumprimento e dos meios que o materializam não está, pois, somente, na ordem do dia; pode, verdadeiramente, considerar-se em expansão.

d) *Indicação de sequência*

9. Sem embargo, o desenvolvimento subsequente não pode deixar de confinar-se ao arquétipo construído pela lei vigente.

Por um lado, é exclusivamente segundo ele que têm de proceder as entidades a quem se dirige.

Cumpra, assim, conhecê-lo e analisá-lo, procurando surpreender os problemas mais delicados que suscite e, quanto possível, sindicar as soluções que oferece.

⁽¹⁰⁾- *Vd. tb. Lei nº 28/2009, de 19 de Junho.*



Mas, além disso, é claro, quando a institucionalização de mecanismos internos de controlo de cumprimento traduz, simplesmente, uma decisão livremente tomada nesse sentido, cada empresa que assim procede é também completamente livre de arquitecturar e executar o modelo que entenda, segundo o que julgue apropriado às suas necessidades, sem qualquer limitação ou condicionante, o que, por regra, também não importa quaisquer efeitos que se projectem na relação com nenhum terceiro.

Compreende-se, assim, que a primeira prioridade seja observar o enquadramento normativo, tal como existe.

Uma vez que, seja qual for a perspectiva com que se encare o tema, está sempre em causa o risco de incumprimento, justifica-se, por isso, dedicar-lhe um espaço próprio, após o que a atenção se concentrará no sistema de controlo e função de cumprimento e respectiva orgânica, nos seus aspectos mais relevantes.

Far-se-á ainda uma abordagem geral ao regime sancionatório, para concluir com uma síntese final.

II – ENQUADRAMENTO NORMATIVO

a) *Fontes*

10. No Direito positivo português actual, o sistema de controlo do cumprimento é previsto e disciplinado essencialmente em três diplomas a saber: o Código de Valores Mobiliários, o Aviso do Banco de Portugal (BP) nº 5/2008, de 1 de Julho, e a Norma Regulamentar do Instituto de Seguros de Portugal (ISP) nº 8/2009-R, de 2 de Julho.

Quanto ao primeiro, o seu artº 305º-A, precisamente sob a epígrafe *sistema de controlo de cumprimento*, comina aos intermediários financeiros a adopção de «políticas e procedimentos adequados e detectar qualquer risco de incumprimento

dos deveres a que se encontra sujeito» (nº 1), para o que devem montar um sistema que, no mínimo, satisfaça as finalidades expostas no seu nº 2 ⁽¹¹⁾.

Entretanto, a delimitação do universo de intermediários financeiros é feita, prioritariamente, à custa da enumeração das categorias de entidades a quem é conferida essa qualificação, o que, não sendo um expediente raro na lei, tem a vantagem de permitir uma maior segurança, especialmente recomendável quando, como aqui sucede, está em causa a atribuição de um estatuto particularmente complexo.

Mas não se excluiu totalmente a utilização de um critério residual que atende à actividade exercida ⁽¹²⁾.

O Aviso do Banco de Portugal, por sua vez, tem por destinatárias as instituições de crédito, as sociedades financeiras e as sucursais, situadas em Portugal, de uma e outras sediadas em países terceiros (*ex vi* do artº 1, nº 1), a todas impondo o estabelecimento e manutenção de uma função de «compliance» *para controlar o cumprimento das obrigações legais e dos deveres a que se encontram sujeitas* (artº 17º, nº 1).

Aqui, embora com o apoio de enumeração enunciativa adiantada pela lei, a delimitação das figuras das instituições de crédito e das sociedades financeiras é feita

⁽¹¹⁾- Complementarmente, há ainda que ter presente o Regulamento da CMVM nº 2/2007, de 5 de Novembro, cujo artº 6º, na redacção que lhe foi dada pelo Regulamento nº 3/2008, de 3 de Julho, estabelece requisitos de exequibilidade do nº 4 do citado artº 305º-A e permite a possibilidade de estabelecimento de serviços comuns para o exercício da função de cumprimento em intermediários financeiros pertencentes a um mesmo grupo.

Teve-se também em vista, segundo o que expressamente se afirma no preâmbulo do Regulamento nº 3/2008, *estabelecer uma convergência entre a CMVM e o Banco de Portugal em matérias relativas ao controlo interno dos intermediários financeiros*, o que substancialmente explica a alteração do texto do artº 11º e a introdução dos artºs 11ºA a 11ºC, exactamente dedicados ao relatório que àqueles é exigível em base anual, relativo à avaliação da eficácia do sistema de controlo de cumprimento, serviço de gestão de riscos e de auditoria interna. Estes preceitos já não respeitam, contudo, à regulação, em sentido próprio, do sistema de controlo de cumprimento, e sim à sua sindicância.

⁽¹²⁾- *Vd.* artº 293º do CVM. Especificamente quanto a este último ponto releva o seu nº 2, al. g).



privilegiadamente com recurso a um conceito geral que, em ambos os casos, atende à actividade desenvolvida ⁽¹³⁾.

Finalmente, a Norma Regulamentar do ISP, dirigida às entidades gestoras de fundos de pensões, como tal autorizadas (artº 2º, nº 1), estatui-lhes o dever de estabelecer e manter na sua estrutura organizacional uma função de «compliance» adequada à dimensão, natureza e complexidade dos riscos inerentes à respectiva actividade (artº 20º, nº 1).

De acordo com o artº 32º, nº 1, do Dec.-Lei nº 12/2006, de 20 de Janeiro, as entidades gestoras de fundos de pensões podem ser sociedades constituídas exclusivamente para esse fim – designadas pelo próprio preceito legal como sociedades gestoras – e sociedades seguradoras que explorem o ramo «Vida» e tenham estabelecimento em Portugal. Umas e outras estão, portanto, abrangidas, embora a aplicação da Norma a estas últimas se faça com a ressalva do nº 2 do artº 1º ⁽¹⁴⁾.

11. Conquanto distintos em pontos de detalhe, os três diplomas comungam, todavia, substancialmente, no que é fundamental.

A benefício do que melhor se revelará na análise posterior, pode, no entanto, desde já, assinalar-se os seguintes aspectos estruturais.

Em todos os casos o sistema de controlo de cumprimento e a função que o concretiza são perspectivados como um instrumento essencial de prevenção, controlo e mitigação do risco que emerge da desconformidade de actuação das entidades

⁽¹³⁾- Cfr. os artºs 2º, 3º, 5º e 6º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras – doravante designado por RGICSF –, originariamente aprovado pelo Dec.-Lei nº 298/92, de 31 de Dezembro, mas já, entretanto, sucessivamente alterado, por mais vezes do que os anos que tem de vida!

À data em que escrevo estas linhas a última republicação consta do anexo I do Dec.-Lei nº 31-A/2012, de 10 de Fevereiro.

⁽¹⁴⁾- Mas a questão não releva visto que, estranhamente embora, não há, na regulamentação específica das seguradoras nenhuma previsão quanto a sistemas de controlo de cumprimento, apesar de estarem definidos requisitos de governação que contemplam a instituição de um sistema de controlo interno (cfr. Norma Regulamentar nº 14/2005-R, de 29 de Novembro, complementada em uma Carta Circular do ISP, nº 7/2009, emitida em 23 de Abril daquele ano).

abrangidas com normativos de qualquer tipologia, prescrições de autoridades, regras de conduta e outros vínculos que elas estejam obrigadas a satisfazer.

De mesmo modo, são também idênticos os requisitos gerais fixados para a estruturação e funcionamento do sistema dirigido à consecução do desiderato que o fundamenta. Neste sentido, a concepção e arquitectura legais do modelo têm, por assim dizer, uma base uniforme.

Sem embargo, acolhidas as exigências legais nucleares, é sempre deixado à disponibilidade de cada entidade sujeita a faculdade de livremente se organizar, do modo que melhor entender adequado à sua natureza, dimensão, objectivos e complexidade das respectivas actividades, afectando e dispondo os meios para o efeito; da mesma sorte que remanesce um largo espectro de autonomia no que respeita ao desempenho concreto e efectivo da função.

Ainda assim, o sistema e a função de cumprimento constituem-se como imperativos de organização e governo internos das entidades, o que se justifica pelo facto de serem considerados como parte integrante e indispensável do sistema matricial geral de controlo interno que se lhes reivindica.

12. Este estado de coisas replica a perspectiva mais moderna do controlo de cumprimento, traçado e assumido nas fontes internacionais que inspiram o normativo pátrio.

Um documento nuclear neste domínio é o relatório do Comité de Supervisão Bancária de Basileia ⁽¹⁵⁾, de Abril de 2005, sob o título *Compliance and The Compliance function in banks* ⁽¹⁶⁾. Recolhendo embora contributos e reflexões plasmadas em distintos outros textos anteriores que, aliás, referencia no seu próprio ⁽¹⁷⁾, o Comité procede ali, pela primeira vez, de forma sistemática, ao delineamento da função de cumprimento como um instrumento enquadrado no sistema geral de gestão de riscos,

⁽¹⁵⁾- Doravante designado por Comité de Basileia ou simplesmente pelas iniciais CEBS.

⁽¹⁶⁾- Pode ser encontrado no seguinte endereço electrónico: <http://www.bis.org>

⁽¹⁷⁾- Nº 12 da Introdução.



dirigido, precisamente, a precaver e, sendo o caso, temperar e superar as consequências de condutas – activas ou omissivas – não consonantes com a ordem jurídica, normas de conduta ou padrões de procedimento ético a que as instituições devem obediência.

Assumindo um carácter marcadamente explicativo e didáctico, a curta introdução do relatório fixa, contudo, as bases da dogmática e da sistemática do controlo de cumprimento tal como é modelado pelo Comité, as quais se desenvolvem depois na enunciação de dez princípios fundamentais, com abundantes justificações e concretizações.

Em síntese, assume-se que a cultura de cumprimento e a preocupação por o assegurar devem ser transversais a toda a instituição e envolver activamente todo o universo de colaboradores. Sem embargo, reconhece-se o papel determinante dos titulares dos órgãos de administração e dos responsáveis máximos das cadeias hierárquicas das empresas neste domínio, dando confesso acolhimento à ideia de que o *exemplo vem de cima*, especialmente sentido nas organizações empresariais, segundo revela a comum experiência da vida.

Neste contexto, comete-se à administração a incumbência de definir e formalizar uma política de cumprimento, de revisão periódica – para garantir a permanente adequação às necessidades existentes em cada momento e objectivos visados –, que comporte a criação e institucionalização de uma função interna especialmente encarregada de a promover, incentivar, acompanhar e controlar.

Paralelamente, compromete-se toda a equipa de direcção na comunicação da política, verificação de que é praticada, gestão do risco e reporte de incidências.

Quanto à função, requer-se a sua independência, com referência aos parâmetros matriciais em que deve materializar-se, e aponta-se as linhas mestras do seu estatuto, competências e informação de ocorrências.

Não obstante, tendo presentes as diferenças entre as instituições bancárias – de dimensão, natureza, objectivos ... – ⁽¹⁸⁾ e o direito de cada uma a organizar-se segundo os seus próprios critérios e opções, expressamente se consigna que a disciplina concreta da função de cumprimento, respeitados os requisitos mínimos a que deve obedecer em consonância com os postulados enunciados, permaneça na livre discricionariedade das entidades.

13. Também em Abril de 2005 o OICV – IOSCO ⁽¹⁹⁾ lançou um processo de consulta pública sobre a função de cumprimento nos intermediários financeiros, na sequência do qual, em Março de 2006, veio igualmente a emitir um relatório final sobre a matéria ⁽²⁰⁾.

Sem prejuízo de uma ou outra particularidade, o relatório conclui em sentido substancialmente idêntico ao do Comité de Basileia, acolhendo sete tópicos desdobrados em onze princípios, que em larga medida se justapõem ou replicam os que naquele se enunciam.

A diferença mais significativa reside na acentuação do papel das autoridades regulatórias nacionais, tanto no plano da motivação para que os intermediários financeiros implementem efectivamente um sistema de controlo de cumprimento, como no da tomada de medidas compulsórias para que isso suceda e o sistema funcione adequadamente ⁽²¹⁾.

Ora, conquanto assistidas de carácter meramente recomendatório, atenta a natureza dos emitentes, o certo é que as orientações emergentes dos documentos citados foram prontamente acolhidas pela Directiva Europeia, 2006/73/CE, de 10 de Agosto de 2006, da Comissão ⁽²²⁾, relativa aos mercados de instrumentos financeiros e organização das empresas de investimento.

⁽¹⁸⁾- Recorde-se que é a elas que o documento prioritariamente se dirige.

⁽¹⁹⁾- Comité Técnico de Apoio à Comissão Europeia em matéria de mercados de capitais.

⁽²⁰⁾- «Compliance Function at Market Intermediaries – Final Report», disponível em www.iosco.org

⁽²¹⁾- Tópico 6.

⁽²²⁾- Publicado no Jornal Oficial da União Europeia, de 2 de Setembro do mesmo ano.

No seu artº 6º, nº 2, cominou-se aos Estados-Membros a obrigação de legislar em termos de impor às empresas de investimentos a criação e manutenção de uma função de cumprimento permanente, cuja tecitura se ajusta ao modelo traçado em ambos os relatórios.

Este facto é, de resto, particularmente sintomático.

Com efeito, sendo a Directiva em causa um diploma de aplicação ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾, o certo é que, no ponto aqui em causa, a especificação dos requisitos de organização das empresas de investimento, cujo quadro geral fora estabelecido pela Directiva principal ⁽²⁵⁾, envolveu a consagração de um instrumento que esta não contemplava especificamente ⁽²⁶⁾, seguramente em razão dos progressos entretanto verificados quanto à concepção e caracterização típicas do sistema de controlo de cumprimento, precisamente documentadas nos relatórios do Comité de Basileia e do IOSCO.

Os diplomas europeus citados vieram a ser transpostos para o Direito interno através do Dec.-Lei nº 357-A/2007, de 31 de Outubro, que procedeu a modificação substancial do Código de Valores Mobiliários, introduzindo nele, naquilo que aqui interessa, o novo artº 305ºA, que segue, de muito perto, a Directiva 2006/73/CE.

14. Entretanto, logo em 15 de Junho de 2005, o Banco de Portugal, através da sua Instrução nº 20/2005, transmitiu um fortíssimo sinal do seu empenho em que as

⁽²³⁾- Como se vê do seu próprio sumário e logo dos primeiros considerandos.

⁽²⁴⁾- Uma Directiva de 2º nível, na terminologia e metodologia do denominado sistema «Lamfalussy». Sobre ele, veja-se Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, 2009, págs. 45 e segs..

⁽²⁵⁾- Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Abril de 2004, publicada no Jornal Oficial do seguinte dia 30.

⁽²⁶⁾- Só de forma fragmentária e parcelar é que a Directiva 2004/39/CE aludia à necessidade de mecanismos e procedimentos para o auto-controlo regular do cumprimento, sem, todavia, mesmo aí, fixar quaisquer regras, princípios ou orientações – cfr., v.g., artº 26º, nº 1.

Prevvia-se, isso sim, que «as empresas de investimento devem dispor de uma boa organização administrativa e contabilística, mecanismos de controlo interno, procedimentos eficazes para a avaliação de riscos, bem como de um controlo eficaz e medidas de segurança a nível dos seus sistemas de processamento de informações» - *ex vi* do artº 13º, nº 5, 2º § – fundamento, todavia, bastante, de legitimação do artº 6º, nº 2, da Directiva 2006/73/CE.

instituições de crédito e sociedades financeiras se acomodassem aos princípios enunciados pelo Comité de Basileia.

Com efeito, depois de, no preâmbulo, ter ponderado que os sistemas e procedimentos de controlo interno *deverão contemplar uma adequada gestão dos riscos de ordem reputacional, legal e, ainda do denominado risco de «compliance»*, e de considerar que o relatório de controlo interno já previsto na Instrução nº 72/96 *deve conter informação suficiente para a avaliação da eficácia dos sistemas de gestão de riscos das instituições, incluindo os riscos de taxa de juro, «compliance» e reputacional*, o Banco de Portugal procedeu à alteração do nº 6 da dita Instrução nº 72/96, no sentido de o controlo desses mencionados riscos ser assumido expressamente como um dos objectivos fundamentais do sistema global de controlo interno.

Complementarmente, densificou essa preocupação, cominando especificamente às instituições o dever de *indicar a sua aderência às recomendações do Comité de Supervisão Bancária de Basileia* relativas ao risco de «compliance», vertidas no Relatório de Abril de 2005 (*ex vi* do nº 2 da Instrução nº 20/2005, na parte em que alterou o ponto 6 do nº 10 da Instrução nº 72/96).

A expressão prática desta aderência consubstanciava-se no preenchimento do mapa relativo ao referido risco de «compliance», em conformidade com a estatuição do nº 1 da primeira folha do Anexo à Instrução nº 72/96, cuja redacção a Instrução nº 20/2005 igualmente ajustou nos termos do seu nº 3.

Esta orientação do Regulador bancário foi consolidada menos de um ano depois com a publicação do Aviso nº 3/2006, de 9 de Maio.

O móbil, inequivocamente anunciado na exposição de motivos, foi o de proceder, de imediato, *à integração, num único instrumento regulamentar das actuais disposições de Instrução nº 72/96, bem como dos procedimentos de controlo interno aplicáveis às actividades e funções centralizadas nos grupos ou desenvolvidas por filiais no estrangeiro.*



Naturalmente, em corolário da compilação e aprofundamento realizados, a Instrução foi revogada. Porém, naquilo que directamente respeitou à temática do sistema de controlo de cumprimento, as coisas mantiveram-se inalteradas.

Por um lado, continuou a afirmar-se como objectivo específico de «todo o sistema de controlo interno» o *controlo*, entre outros, *dos riscos legal e de compliance* [nº 6 – a. 2)]. Por outro lado, ao definir o conteúdo mínimo do relatório anual de controlo interno a cargo do órgão de administração, incluiu-se a informação sobre os procedimentos relativos ao controlo do risco de *compliance*, relativamente ao qual igualmente permaneceu a exigência de as instituições indicarem a adesão às recomendações do Comité de Basileia, escrutinada pela resposta ao mesmo questionário repescado da Instrução nº 72/96 (*ex vi* do nº 6 da Secção I do nº 14 do Aviso).

Mas logo no preâmbulo se expressava a intenção de *uma futura revisão mais profunda e abrangente da regulamentação sobre sistemas de controlo interno*, que veio efectivamente a concretizar-se com o Aviso nº 5/2008.

Estabelecendo, ele próprio, um cotejo com o diploma precedente, assume que *é agora adoptada uma abordagem mais prescritiva* – parágrafo 4º do preâmbulo –, conquanto as instituições se encontrassem *já sujeitas à generalidade dos requisitos estabelecidos, uma vez que estes correspondem a recomendações do Comité de Supervisão Bancária de Basileia que integravam o Aviso nº 3/2006 e sobre as quais recaía uma obrigação de «comply or explain»* – parágrafo 7º. Certo é que o novo regulamento promoveu *uma sistematização dos princípios básicos que devem nortear a implementação* de um sistema de controlo interno, seguindo os conceitos, reconhecidos e aceites a nível internacional, definidos no «Internal Control – Integrated Framework» publicado pelo Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO), as recomendações emitidas pelo Comité de Supervisão Bancária de Basileia através do «Framework for Internal Control Systems in Banking Organizations» e as orientações em matéria de «Internal Governance» divulgadas pelo Comité das Autoridades Europeias de Supervisão Bancária (CEBS) – parágrafo 3º.

Esta nova perspectiva conduziu a que se passasse a estatuir, directa e formalmente, com carácter definitivo e declaradamente impositivo, o dever de as instituições estabelecerem e manterem uma função de *compliance*, parte específica do seu sistema geral de controlo interno, realmente construído, nos seus pilares fundamentais, sobre os princípios do relatório do Comité de Basileia.

De resto, embora sob uma formulação distinta da precedente, o Aviso não deixou de apelar directamente às recomendações do Comité, inscrevendo-as expressamente no âmbito dos chamados *objectivos de «compliance»*, como se pode ver do artº 2º, al. c). Aí, precisamente, se conserva, entre os propósitos do sistema de controlo interno, *garantir o respeito pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis* – qualificado como os ditos objectivos de «compliance» –, mas incluindo também as recomendações do Comité de Supervisão Bancária de Basileia.

Praticamente em simultâneo com o Aviso nº 5/2008 – 3 de Julho – a CMVM fez publicar o já atrás indicado Regulamento nº 3/2008, que ajustou o Regulamento nº 2/2007, precisamente em ordem a lograr uma convergência entre a Comissão e o Banco de Portugal em matérias de controlo interno – que constituiu um compromisso assumido pelo Conselho Nacional de Supervisores Financeiros ⁽²⁷⁾ –, considerada *particularmente notória no que toca aos princípios de organização e ao modelo de controlo interno que as instituições devem adoptar* pelo facto de o Aviso confluir sobre o controlo interno para o sistema de organização interno gizado no artº 305º e seguintes do Código dos Valores Mobiliários procedente da Directiva dos Mercados de Instrumentos Financeiros ⁽²⁸⁾.

15. Todo o trajecto percorrido permite formar duas conclusões bastante sólidas. Uma é a de a abordagem do sistema de cumprimento, tal como se revela actualmente no Direito positivo, não só poder, como, realmente, dever ser feita de uma forma global. A outra é a de os relatórios do Comité de Basileia e do IOSCO, respectivamente

⁽²⁷⁾- Cfr. parágrafo primeiro do preâmbulo do Regulamento.

⁽²⁸⁾- *Ibidem*.

de Abril de 2005 e Março de 2006, constituírem, sem dúvida, importantes instrumentos de apoio para a compreensão do regime nacional, arvorando-se mesmo como relevantes auxiliares interpretativos a que é legítimo recorrer para melhor encontrar o apropriado sentido dos nossos normativos, dentro dos comuns cânones da hermenêutica ⁽²⁹⁾.

Pode, aliás, acrescentar-se que, após 2006, as instâncias internacionais, cujo labor se projecta – pelo menos potencialmente – na nossa ordem interna, mantiveram incólumes as recomendações quanto à organização, por parte das instituições financeiras, de sistemas internos de controlo de cumprimento e de uma função que os concretize.

Assim sucedeu, nomeadamente, com o documento emitido pela Autoridade Bancária Europeia (EBA), denominado «EBA Guidelines on Internal Governance» (GL44), datado de 27 de Setembro de 2011 ⁽³⁰⁾; e com o Relatório da Autoridade Europeia de Mercados (ESMA), sob a epígrafe «Guidelines on Certain Aspects of the Mifid Compliance Function Requirements – Final Report» ⁽³¹⁾, de 6 de Julho de 2012.

Mas, sem prejuízo de evoluções que se manifestam sobretudo em aspectos de detalhe, a verdade é que se mantém íntegro o figurino emergente dos textos do Comité de Basileia e do IOSCO ⁽³²⁾.

Trata-se, de resto, de uma situação idêntica à que também se verifica em relação à produção nacional, onde, a mais da já indicada Norma do ISP nº 8/2009-R – que, fundamentalmente, apropriou para o âmbito das sociedades gestoras de fundos de

⁽²⁹⁾- Lembra-se que, além dos Princípios, os relatórios contêm significativas indicações quanto às razões que os suportam, as finalidades que prosseguem e a mecanismos em que devem ou podem materializar-se.

⁽³⁰⁾- Disponível no respectivo *site*, www.eba.europa.eu

⁽³¹⁾- Disponível em www.esma.eu

⁽³²⁾- Cfr., *v.g.*, o ponto 28.

Porventura o aspecto onde se detecta uma nova precisão é o que respeita ao dever de a função de cumprimento verificar que os novos produtos e os novos procedimentos da instituição se ajustam ao enquadramento normativo vigente, legal e regulatório, bem como às exigências estabelecidas pelas autoridades de supervisão, como se alcança do nº 6 do citado ponto 28 (neste sentido vai também a *opinion* emitida pela ESMA já em 7 de Fevereiro de 2014, sob a epígrafe *Mifid practices for firms selling complex products*).

pensões o modelo de sistema de controlo de cumprimento já definido para a generalidade das entidades financeiras –, somente tiveram lugar intervenções que, de algum modo, sublinham ou reforçam as suas características, sem, todavia, abalarem ou, sequer, beliscarem a estrutura e a visão em que assenta ⁽³³⁾.

b) Âmbito de Aplicação

16. Temos então delimitado o âmbito de aplicação dos normativos internos que reivindicam a criação e manutenção de sistemas de controlo de cumprimento. São, por agora, abrangidas as instituições de crédito, as sociedades financeiras, os outros intermediários financeiros que não revestem nenhuma daquelas duas qualidades ⁽³⁴⁾ e as sociedades que gerem fundos de pensões.

Mas justifica-se um par de breves considerações complementares para melhor compreensão do alcance do que, realmente, está em causa.

Com efeito, sendo as suas destinatárias, é às entidades identificadas – a todas e a cada uma delas – que incumbe a obrigação de acatar a injunção legal, o que se perfaz com a institucionalização e manutenção, em permanência, da função de cumprimento, obedecidos que sejam os requisitos mínimos fixados.

Resultam daqui três corolários fundamentais, a reter.

Um é o de que a função de cumprimento é uma função interna de cada sociedade, que integra o seu quadro próprio e geral de controlo.

⁽³³⁾- A este nível, vale a pena referenciar o Aviso do BP nº 10/2011, publicado em 9 de Janeiro de 2012, cujo artº 13º, dando expressão à preocupação de que a remuneração do responsável da função de cumprimento – a par dos das restantes funções de controlo, auditoria e riscos – não afecte a sua independência estabelece limites quanto aos critérios a adoptar na respectiva fixação.

⁽³⁴⁾- Do cotejo do artº 293º do CVM com os artºs 3º e 6º do RGICSF resulta que, em largo espectro, a categoria de intermediário corresponde ou coincide com a de instituição de crédito ou sociedade financeira. Mas não é necessariamente assim, como logo o comprova a al. g) do nº 2 do dito artº 293º. Cfr. tb. os artºs 199º-A a 199º-C do RGICSF.

Por assim ser, cada entidade é livre de dispor e disciplinar a função segundo o que estime mais ajustado aos seus objectivos, conquanto o resultado dê cabal satisfação às pretensões legais.

Um terceiro corolário, alinhado com os precedentes, é o de, salvo quando sobrevenha algum imperativo específico a consagrar solução pontualmente diferente, o responsável da função e os seus colaboradores desempenham uma missão que compete institucionalmente à entidade que integram e respondem exclusivamente na esfera interna perante os órgãos competentes da sociedade. Não estão, por conseguinte, directamente vinculados a quaisquer entidades externas, mesmo aquelas a quem incumba fiscalizar a implementação do sistema de controlo de cumprimento e o seu correcto funcionamento ⁽³⁵⁾.

III – O RISCO DE INCUMPRIMENTO

a) *Caracterização*

17. Em todos os textos pertinentes sobre a matéria, é inequivocamente assumido que o sistema de controlo de cumprimento e a função que, de uma forma mais sensível e metódica, o exprime e materializa, enquanto parte integrante do sistema geral de controlo interno, tem por finalidade específica a prevenção e gestão do risco de incumprimento dos deveres que, com diversas origens, impendem sobre as instituições.

A este propósito, podemos ter como particularmente sugestiva e sintética a estatuição do nº 6 do artº 11º do Aviso 5/2008, segundo a qual o *sistema de gestão de riscos deve basear-se em processos de identificação, avaliação, acompanhamento e*

⁽³⁵⁾- O que não exclui, é claro, que o responsável seja o interlocutor privilegiado das autoridades no seu relacionamento com as entidades e destas com aquela em matéria de cumprimento. Esta matéria será, contudo, objecto de maior desenvolvimento adiante.

controlo de riscos ⁽³⁶⁾. E é neste contexto que a função de cumprimento tem por missão geral *controlar o cumprimento das obrigações legais e dos deveres* a que as entidades estão sujeitas – artº 17º, nº 1, proémio, do Aviso nº 5/2008 – *promovendo o acompanhamento e avaliação regular da adequação e eficácia das medidas e procedimentos adoptados para detectar qualquer risco de incumprimento* – artº 17º, nº 1, al. a), do Aviso, artº 290º, nº 5, al. a), da Norma Regulamentar do ISP nº 8/2009-R, e artº 305º-A, nº 2, al. a), do CVM –, *aplicando medidas para o minimizar ou corrigir, evitando ocorrências futuras* – artº 305º-A, nº 1, do CVM.

O risco de incumprimento é, pois, um vector nuclear e matricial a que importa atender.

A primeira tarefa passa por procurar caracterizá-lo. Não temos, hoje, especiais dificuldades no tema, uma vez que se pode contar com o apoio expresso da ordem jurídica positiva.

Com efeito, nos termos expressos do artº 11º, nº 4 do Aviso nº 5/2008, entende-se por risco de «compliance» *a probabilidade de ocorrência de impactos negativos nos resultados ou no capital, decorrentes de violação ou da não conformidade relativamente a leis, regulamentos, determinações específicas, contratos, regras de conduta e de relacionamento com os clientes, práticas instituídas ou princípios éticos, que se materializem em sanções de carácter legal, na limitação das oportunidades de negócio, na redução do potencial de expansão ou na impossibilidade de exigir o cumprimento de obrigações contratuais*.

Esta definição não é replicada, nem tem paralelo, no CVM nem na Norma Regulamentar do ISP, que se limitam a referenciar o risco de incumprimento como objecto da acção da função de cumprimento, sem, contudo, avançarem, concretamente, na caracterização do respectivo conteúdo. Mas é de crer que ela deva

⁽³⁶⁾- A Norma Regulamentar do ISP nº 8/2009-R vai no mesmo sentido, sendo até um pouco mais abrangente na descrição do objectivo da gestão global de riscos, que, para ela, *consiste na identificação, avaliação, mitigação, monitorização e controlo de todos os riscos materiais a que a entidade gestora e os fundos de pensões por si geridos se encontram expostos, tanto a nível interno como externo* – ex vi do artº 8º, nº 2.

ter-se como implicitamente aceite por aqueles diplomas, até porque, como atrás se viu, existe uma convergência em matérias relativas ao controlo interno que traduz um compromisso assumido no quadro do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros ⁽³⁷⁾ e que é particularmente notória no que toca aos princípios de organização e ao modelo de controlo interno que as instituições devem adoptar ⁽³⁸⁾.

De todo o modo, embora substancialmente em linha com o significado atribuído à expressão pelo Comité de Basileia ⁽³⁹⁾, não coincide, no entanto, com ele em pontos que merecem destaque.

Com efeito, para o Comité o risco de «compliance» comporta, em si mesmo, o perigo de sanções legais ou regulatórias, ao lado de perdas financeiras com impacto material – «material financial loss» – ou perdas de reputação.

Distintamente, como se vê, a perda de reputação não é relevada na noção do Aviso nº 5/2008, que igualmente considera as sanções sofridas não propriamente como a materialização do risco mas, fundamentalmente, como a causa dele.

O primeiro ponto é facilmente explicável pelo facto de o risco reputacional – e bem! – ter sido autonomizado do risco de incumprimento, mesmo se, como realmente é razoável que seja, a função de cumprimento deva ter quanto a ele um papel significativo.

O segundo ponto justifica alguma maior atenção, visto que a definição legal é algo traiçoeira.

Na verdade, à primeira vista, e entendida à letra, pareceria que o risco de incumprimento se reconduz e restringe à probabilidade de eclosão de impactos negativos nos resultados ou no capital das instituições, o que envolveria excluir o risco quando haja violação de obrigações a que elas estão sujeitas sem, contudo, terem dado origem a quaisquer sancionamentos ou, pelo menos, a sancionamentos sem projecções relevantes sobre a situação económico-financeira da entidade infractora.

⁽³⁷⁾- Que inclui o Banco de Portugal, a CMVM e o ISP.

⁽³⁸⁾- Preâmbulo do Regulamento da CMVM nº 3/2008, cit.

⁽³⁹⁾- *Compliance and compliance function in Banks*, cit., nº 3 da Introdução.

Mas há boas razões para não pensar assim.

Já se viu que entre os objectivos do controlo interno se conta a respeito pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis, com a extensão acolhida no artº 2, al. c), do Aviso – e que aí se designa por *objectivos de «compliance»* – o que, sem necessidade de outros desenvolvimentos, explica que a função de cumprimento seja especialmente incumbida da tarefa de controlar o cumprimento das obrigações legais e dos deveres a que as instituições se encontram sujeitas – artº 17º, nº 1, prómio –, *de modo a proteger a reputação da instituição e a evitar que esta seja alvo de sanções* – de novo artº 2º, al. c), *in fine*.

Com esta abrangência, o procedimento das entidades em conformidade com as obrigações a que se encontram vinculadas no exercício da respectiva actividade, constituindo um bem em si mesmo – na medida em que realiza, na plenitude, as aspirações e a vontade da ordem jurídica – é igualmente um factor basilar do regular, razoável e honesto funcionamento do mercado – logo também mais confiável – e da protecção dos investidores ⁽⁴⁰⁾.

Neste sentido, agir em consonância com o Direito não é sequer somente penhor da prossecução de interesses individuais de cada entidade, mas envolve a tutela de terceiros – clientes, accionistas, investidores, colaboradores ... – e a satisfação do próprio interesse público.

Daí que, a vários títulos, se imponha providenciar para que o *bem do cumprimento* se possa atingir e concretizar na pluralidade das circunstâncias em que a actividade se desenvolve. Realmente, de cada vez que há uma fractura neste propósito, nasce necessariamente o perigo de se produzirem consequências desfavoráveis para a instituição infractora.

Sucede, é claro, que a tipologia, a dimensão, a natureza delas são susceptíveis de variar muitíssimo; como bastante diferentes podem ser também os modos e os processos por que se produzem, e até o tempo em que se produzem. Por isso, é

⁽⁴⁰⁾- Para usar as expressões e reflexões do Relatório do IOSCO – 2º § da Introdução.

apodíctico que os impactos dos incumprimentos na instituição incumpridora estão longe de ser sempre os mesmos, como distintas são ainda as possibilidades de os mitigar e superar.

Ora, o que se passa é que o Banco de Portugal, preocupado em que as instituições sejam capazes de *um desempenho eficiente e rentável da actividade no médio e longo prazos, que assegure a utilização eficaz dos activos e recursos, a continuidade do negócio e a própria sobrevivência* – artº 2º, al. a), do Aviso – acabou por, em sede de esclarecimento do que é o risco de cumprimento, acentuar sobremaneira as consequências da desconformidade quando elas se projectam sobre os resultados ou capital, sendo, obviamente, nesse plano que mais se densifica o imperativo da respectiva gestão ⁽⁴¹⁾ ⁽⁴²⁾.

Na formulação do Aviso, a conformação do risco de «compliance» envolve três momentos ou vertentes distintas e complementares: a causa ou origem, que se reconduz sempre ao desajustamento da realidade da instituição face aos deveres que a oneram; a materialização do perigo de desconformidade operada pela produção das consequências desfavoráveis, de diverso tipo, que suporta em razão dela; a determinação e avaliação dos impactos que elas acarretam no plano da situação económico-financeira.

Por assim ser, reconhecendo que a corporização da desconformidade se exprime, afinal de contas, *em sanções de carácter legal, na limitação das oportunidades de negócio, na redução do potencial de expansão ou na impossibilidade de exigir o cumprimento de obrigações contratuais* – ou noutras consequências ainda, poder-se-á, seguramente, acrescentar ⁽⁴³⁾ –, o Aviso acaba por assumir, explicitamente, que é a probabilidade de isso acontecer que, realmente, caracteriza o

⁽⁴¹⁾- Em qualquer das suas manifestações principais: prevenção, seguimento, mitigação e superação.

⁽⁴²⁾- Repare-se que o Aviso procedeu da mesma forma com relação a todos e cada um dos riscos que considerou e caracterizou nas dez alíneas do nº 4 do artº 11º: a pedra de toque é sempre – e, aparentemente, só! – a probabilidade de ocorrência de impactos negativos nos resultados ou no capital por motivo da verificação, em cada caso, do facto realmente caracterizador!

⁽⁴³⁾- Como v.g. será o caso da afectação ou destruição de negócios realizados.



risco de incumprimento, revestindo embora, sem dúvida, particular gravidade, os casos em que tal pode prejudicar os resultados ou, o que é pior, o capital.

É, aliás, tendo em conta este sentido mais abrangente que se entende a cominação às instituições da obrigação de adoptarem medidas e procedimentos apropriados para a detecção de *qualquer risco de incumprimento* e a incumbência, à respectiva função, para avaliar regularmente a adequação das providências tomadas [artº 17º, nº 1, al. a), do Aviso, artº 305º-A, nº 2, al. a), do CVM, e artº 20º, nº 5, al. a), da Norma Regulamentar nº 8/2009-R].

É este também o sentido que melhor se ajusta aos documentos que mais directa e imediatamente inspiraram os normativos lusos e que, demonstradamente, constituem um sólido suporte à sua interpretação.

b) Impactos

18. Temos, pois, que as situações de desconformidade com a ordem normativa – considerada no conjunto dos vínculos que oneram as entidades sujeitas –, quer resultem de comportamentos activos ou omissivos, são susceptíveis de desencadear uma panóplia vasta de consequências, que podem ou não ter uma projecção imediata e contável no plano económico-financeiro.

Mesmo circunscrevendo-nos estritamente ao nível do sancionamento legal ou regulatório desencadeado em processo próprio, não pode, desde logo, deixar de se ter presente o facto de, umas vezes – a maioria, porventura –, ele se traduzir na aplicação efectiva de medidas, mas, noutras, esta poder ficar suspensa em atenção a circunstâncias específicas, nomeadamente atinentes ao grau de culpa do agente ou, até, aos efeitos reais que o incumprimento implicou.

Mas, além disso, certo é também que as próprias sanções têm natureza e podem revestir formas muito distintas, como sucede, *v.g.*, com as multas, por um lado, ou as

simples cominações à sanção da irregularidade, ainda que assistidas de providências acessórias de carácter compulsório.

E quando comportam, necessariamente, a produção de resultados económico-financeiros, sucede que, nem sempre, eles são directa e claramente mensuráveis, com reflexo correspondente nas contas; do mesmo modo, de resto, podem variar na sua natureza ⁽⁴⁴⁾.

Assim acontece igualmente, é claro, quando os incumprimentos se apuram ou se revelam à margem de procedimentos sancionatórios a eles especificamente dirigidos, com o benefício de que aí não se produzem sequer os efeitos que àqueles andam normalmente ligados.

Doutra parte, a dimensão quantitativa, real ou estimável, dos impactos é, obviamente, muito variável em razão de diversos factores, à cabeça dos quais está o tipo de desconformidade que os gera.

E pode o incumprimento contar-se, por assim dizer, no quadro do risco típico que ele próprio suscita, ou envolver a incursão da entidade *faltosa* em contingências de outra natureza, nomeadamente de carácter operacional ou reputacional.

Em linha com o que se induz das reflexões deixadas no número precedente, nada disto determina que o sistema de controlo de cumprimento – e a função que, de uma forma mais executiva e concreta o exprime – se possa ou deva circunscrever à prevenção e acompanhamento das desconformidades que potenciam consequências mais pesadas ⁽⁴⁵⁾.

Sem embargo, não deixa de se reflectir na conformação do exercício concreto da monitorização, seguimento e controlo do risco alvo que, naturalmente, como toda a actividade de gestão, supõe a hierarquização de prioridades.

⁽⁴⁴⁾- Bastará, por exemplo, pensar no caso de se envolver a nulidade de operações já concretizadas, como conseqüente imperativo de as desfazer, por contraposição com a proibição de comercialização de um determinado produto, a qual, todavia, ainda não se iniciara.

⁽⁴⁵⁾- É este, aliás, o sentido que, inequivocamente, se colhe do artº 305º-A do CVM e do artº 20º da NR nº 8/2009-R – cfr., especialmente, quanto ao primeiro, o respectivo nº 2, al. a) e, quanto à segunda, o nº 5, al. a).

Precisamente a este propósito, o sinal que emana do Aviso nº 5/2008 é o de que a preocupação máxima tem de residir onde as contingências do incumprimento possam afectar negativamente os resultados ou o capital ⁽⁴⁶⁾ ⁽⁴⁷⁾.

c) Risco de Incumprimento, Risco Reputacional e Risco Operacional

19. Traduzindo quase literalmente a noção de risco de «compliance» acolhida na Introdução do Relatório do Comité de Basileia, o Aviso do BP nº 3/2006 definia-o como o risco de a instituição incorrer em sanções de carácter legal ou regulamentar e prejuízos financeiros ou de ordem reputacional – nº 6, 2) –, em resultado da não conformação com normas vinculantes.

Em ambos os textos, os impactos reputacionais surgem, pois, referenciados como um dos elementos típicos inerentes ao risco de *compliance*, embora este esteja autonomizado do risco reputacional no mesmo dispositivo regulamentar.

Esta aproximação não tem já paralelo no CVM nem na NR nº 8/2009-R, mas vislumbra-se ainda alguma reminiscência dela no Aviso nº 5/2008 – concretamente no

⁽⁴⁶⁾- No plano substantivo, em rigor, toda a contingência que atinge negativamente o capital de uma sociedade reflecte-se necessariamente nos seus resultados. Creio, no entanto, que a dicotomia do texto legal terá a justificá-la a prevenção da existência de circunstâncias em que, em razão de regras contabilísticas aplicáveis, certos impactos possam ser relevados directamente contra capital.

⁽⁴⁷⁾- Como também resulta do já exposto, a panóplia de vicissitudes que podem materializar o incumprimento – ou dele resultar! –, com real ou potencial impacto sobre a situação económico-financeira das entidades infractoras, não se esgota na enumeração da parte final do artº 11º, nº 4, al. f), do Aviso.

Para o comprovar, e sem qualquer outra pretensão, será suficiente ter presente a hipótese, já referida, de a desconformidade implicar a necessidade de *destruição* de negócios já celebrados, com reposição de situação, quanto possível, equivalente à que se verificaria se não se tivessem realizado e eventuais restituições do que, por via delas, as entidades tenham recebido das suas contrapartes.

Não pode, porém, razoavelmente deixar de se atribuir à dita enumeração um carácter meramente enunciativo, visto o objectivo que preside à noção regulatória do risco de «compliance». O que efectivamente interessa é a *probabilidade de ocorrência de impactos negativos nos resultados ou no capital*, emergentes da desconformidade com imposições vinculativas.

Cabe, aliás, notar que – porventura, até paradoxalmente – não se estabelece qualquer graduação para a valoração dos impactos. Neste plano, o Aviso não coincide com a sua fonte, visto que, no Relatório do Comité de Basileia, há um apelo à *materialidade* das perdas financeiras como requisito da respectiva relevância em sede de caracterização do risco de «compliance» (cfr. Introdução, nº 3).

seu artº 2º, al. c) –, ao considerar que os denominados *objectivos de compliance* se dirigem (também) a *proteger a reputação da instituição*.

Em todo o caso, o risco de «compliance» e o risco reputacional são mantidos autónomos no âmbito do denominado sistema de gestão de riscos e caracterizados em termos que não os inter-relacionam – artº 11º, nºs 3 e 4, als. f) e j), do Aviso.

Ora, esta é, sem dúvida, a perspectiva adequada.

É certo que a desconformidade com os normativos aplicáveis constitui uma fonte potencial de risco reputacional, na medida em que dá fundamento ou, pelo menos, susceptibiliza uma percepção negativa externa da imagem da instituição por parte de múltiplos grupos relevantes com quem ela contactou, e isso pode, até, atingir uma intensidade tal que se projecte no exercício da actividade, com consequências no plano económico-financeiro.

Por isso, é bem compreensível que o cumprimento se dirige (também) à tutela da reputação e, realmente, se arvora frequentemente como um factor de discriminação positiva e de prestígio que os interlocutores valorizam.

Ainda assim, estamos sempre e só perante uma eventualidade, cuja materialização, aliás, nas mais das vezes, não desdenhará do tipo concreto de incumprimento que se verifique, na sua natureza, na sua dimensão, nas suas circunstâncias.

Por outro lado, está bem de ver que a imagem externa de uma entidade se constrói e desenvolve com referência a uma vasta panóplia de factores, que estão muito para lá do procedimento em consonância com as normas e da satisfação das obrigações que oneram a instituição. Entre estes, e a título meramente exemplificativo, podem indicar-se: a qualidade dos produtos e serviços oferecidos e a respectiva aptidão para a satisfação dos interesses da clientela; a relação que a instituição regularmente mantém com esta, nas suas distintas manifestações, designadamente em quanto respeita ao modo como confere tratamento às reclamações; a maneira como se organizam e desenvolvem as relações laborais; a ocorrência e gestão de fraudes internas e externas; o relacionamento com a



comunicação social e outros «opinion makers»; as políticas internas com projecção directa nas relações com terceiros ...

Quer tudo isto dizer que, sendo, seguramente, uma fonte potencial de risco reputacional, a desconformidade com as exigências normativas deve também ser vista e acautelada nessa óptica, uma vez que a sobreveniência dele exponencia os impactos do próprio incumprimento. Sem embargo, o risco reputacional convoca realidades bem mais vastas.

Sem embargo, podendo, nos termos expostos, estabelecer-se este nexo entre um e outro riscos, isso explica que, no âmbito da liberdade conferida a cada instituição de organizar o seu sistema de controlo de cumprimento – e a função que mais especificamente o executa – segundo entenda que melhor se ajusta às suas necessidades e pretensões, a gestão de ambos possa compreensivelmente ser confiada a uma mesma estrutura.

20. Algo de similar ocorre com o risco operacional.

Definido, nos termos e para os efeitos do Aviso nº 5/2008, como *a probabilidade de ocorrência de impactos negativos nos resultados ou no capital, decorrentes de falhas na análise, processamento ou liquidação das operações, de fraudes internas e externas, da utilização de recursos em regime de subcontratação de processos de decisão internos ineficazes, de recursos humanos insuficientes ou inadequados ou da inoperacionalidade das infra-estruturas* ⁽⁴⁸⁾, é claro que o podem gerar múltiplas causas que nada têm a ver com o normal e adequado cumprimento dos normativos a que as instituições estão vinculadas e que, por conseguinte, se verificam independentemente disso.

Mas também é intuitivo, desde logo, que deficiências nas políticas, instrumentos ou procedimentos criados e vocacionados para o cumprimento são, igualmente, geradoras de risco operacional; da mesma sorte que, mau-grado a irrepreensibilidade

⁽⁴⁸⁾- *Ex vi* do artº 11º, nº 4, al. g).



de todos aqueles, a sua imperfeita aplicação casuística é, seguramente, fonte potencial de risco operacional, nos diversos planos em que este se materializa.

Não é, por isso, de estranhar que em algumas organizações a gestão do risco operacional e do risco de *compliance* sejam cometidas a uma única estrutura executiva, mesmo que, porventura, depois especializada no seu próprio seio.

Em todo o caso, independentemente desta possível cumulação, no quadro da liberdade de organização deixada ao arbítrio de cada entidade, sobra do exposto a inestimável vantagem de se estabelecerem internamente programas de articulação entre as áreas responsáveis pelo seguimento destes riscos – incluindo, é claro, o reputacional –, o que certamente exponenciará as possibilidades de, nas diferentes circunstâncias em que se intersectem, encontrar as soluções mais adequadas de prevenção e superação.

Ainda assim, não pode ficar sem sublinhado o facto de, no actual modelo, só a função de cumprimento ser considerada, a par das de auditoria e global de riscos, uma função de controlo, a que está normativamente associado um estatuto particular.

d) *Prevenção e Gestão do Risco*

21. Como já dito, todo o sistema de controlo de cumprimento e especificamente a correspondente função são dirigidos à prevenção e gestão do risco de não acatamento dos normativos, de distintas naturezas, que oneram e vinculam as instituições.

Antes de mais e prioritariamente a prevenção, o que significa a necessidade de desenvolver mecanismos dirigidos a evitar que se incumpra.

Podem identificar-se as etapas fundamentais para a concretização desse objectivo.

Desde logo, a divulgação atempada e assertiva dos normativos que, aos diversos níveis, surjam, quer com carácter totalmente inovatório ou simplesmente modificativo



do *status quo ante*, em ordem a que todos os que os devem aplicar tenham deles o necessário conhecimento.

Para esse desiderato ser devidamente alcançado, e sem prejuízo da consideração casuística de cada situação, será frequentemente necessário providenciar o destaque e, porventura, a explicação dos pontos cruciais, tendo, sobretudo, em consideração que a generalidade dos destinatários e agentes não terá suficiente formação jurídica e pode até não ser especialista nas matérias em causa, como comumente sucederá.

Além disso, impõe-se que se identifiquem as consequências que as novas injunções importam para a instituição e se verifique em que medida ela está preparada para lhes responder, o que significa estabelecer uma matriz de deve e haver, confrontando o que é preciso com aquilo de que se dispõe.

Na medida em que resulte um défice, é então necessário estabelecer a panóplia de providências a adoptar para garantir uma resposta apropriada por parte da entidade onerada, o que frequentemente imporá uma articulação de esforços entre a função de cumprimento e áreas diferenciadas da instituição – segundo o que realmente estiver em questão mas com habitual impacto e saliência nas áreas operacionais e tecnológicas.

Importará então atribuir tarefas e definir calendários de execução, estabelecendo-se os mecanismos de seguimento que se justifiquem para garantir que o programa se realize e, finalmente, se reúnem as condições para que oportunamente se possam satisfazer os vínculos.

Conforme as circunstâncias e vicissitudes de cada caso, poderá, enfim, haver lugar à divulgação de procedimentos.

A mais deste trabalho preventivo fundamental, está a gestão global do risco que se pode desdobrar num plano geral e no plano concreto.

Quanto ao primeiro, trata-se da definição e implementação de políticas, mecanismos, processos e procedimentos vocacionados para que a actuação das instituições se oriente efectivamente para o cumprimento, a todos os níveis da hierarquia empresarial, com destaque para os que nela assumem as maiores

responsabilidades, fomentando uma cultura corporativa e um ambiente de trabalho apropriados ao escopo a atingir.

Está aqui, naturalmente, implícita, a necessidade de um constante acompanhamento da evolução das estruturas da instituição e do seu modelo de governo, essencial para a detecção da carência de modificações ou de ajustamento do que está estabelecido e respectiva promoção, em ordem a manter a adequação dos instrumentos à realidade concreta e funcional das instituições.

Relativamente ao segundo plano, importa realmente desenvolver mecanismos que sejam capazes de, continuamente, impulsionar o cumprimento segundo os parâmetros que se encontrem definidos mas, além disso, exponenciar as hipóteses de detectar contingências, para que possam ser mitigadas e superadas com os menores custos possíveis, tanto internamente, quanto no quadro das plúrimas relações mantidas com agentes exteriores.

É neste contexto que se exprime, se entende e se concretiza o imperativo de identificação, avaliação, acompanhamento e controlo do risco, a que se reporta o já citado nº 6 do artº 11º do Aviso nº 5/2008, depois desenvolvido nos artigos que imediatamente se lhe seguem.

Os juízos de adequabilidade, de eficiência e de eficácia sobre o sistema de controlo de cumprimento e a correspondente função decorrerão da ponderação desta panóplia de aspectos, sem prescindir da consideração e valoração da materialidade efectiva do risco – ou dos riscos! –, como, aliás, os preceitos referidos em último lugar deixam inequivocamente perceber.

e) Criação de Valor

22. Postas assim as coisas, a imposição de um sistema de controlo de cumprimento, com as características que emergem da lei vigente, consubstancia, sem



dúvida, um ónus para as instituições, com projecção directa em custos da própria estrutura e de funcionamento que não são despiciendos ⁽⁴⁹⁾.

Bastarmo-nos com esta constatação seria, todavia, distorcer de forma grosseira as suas virtualidades.

Com efeito, um sistema de controlo de cumprimento afinado e eficiente constitui um importante factor de criação de valor para as empresas que os adoptam – seja por dever ou por mera opção –, com múltiplas manifestações em diferentes patamares.

À cabeça, é claro, está evitar a panóplia de consequências que o incumprimento é susceptível de gerar, com particular sensibilidade para as sanções pecuniárias – que podem ser significativas e pesadas –, mas incluindo, com não menor importância e impacto, as potenciais perdas de autorizações, a afectação de operações realizadas, as limitações ou condicionamentos ao exercício da actividade, as iminentes do risco reputacional inerente, e quaisquer outras que, de alguma forma, se traduzam no aumento de custos ou na diminuição de receitas.

Para lá disso, e muito mais do que poderia parecer a uma observação liminar pouco cuidada, o sistema de controlo de cumprimento é um poderoso e virtuoso aliado do negócio. Porque é penhor da sua regularidade, catalisador da confiabilidade dos produtos e serviços oferecidos, suporte do prestígio da empresa, dignificador da actividade. E é também, certamente, um contributo, do maior significado, para a solidez dos resultados alcançados.

Doutro passo, privilegiando, como tem de ser, a promoção de uma cultura de rigor e transparência, é habilitante das mais adequadas respostas aos modernos e impetrantes requisitos que se colocam hoje às empresas, nesse domínio, sobretudo num cenário concorrencial.

⁽⁴⁹⁾- Em todo o caso, cabe dizer que o maior peso emergente dos requisitos regulatórios advém da proliferação de exigências que implica constantes adaptações e ajustamentos das entidades – organizacionais, operativas, tecnológicas, contabilísticas, de exercício de actividade, com frequentemente maior afectação de recursos para a realização de tarefas em si mesmas produtivas – e não, verdadeiramente, dos meios dispostos para garantir que se satisfazem.

Neste sentido, o sistema de controlo de cumprimento é um instrumento apto à satisfação dos múltiplos interesses que se desenvolvem e agrupam tendo como elemento referencial a instituição; os dos seus clientes, dos titulares de capital, dos trabalhadores, dos fornecedores e outros interlocutores recorrentes, das autoridades de supervisão; enfim, os corporativos da própria empresa enquanto entidade autónoma.

IV – SISTEMA DE CONTROLO DE CUMPRIMENTO E FUNÇÃO DE CUMPRIMENTO

a) *Noção*

23. A partir de quanto já ficou exposto, pode caracterizar-se o sistema de controlo de cumprimento como o conjunto de meios organizados e dirigidos à prevenção, gestão e controlo do risco de incumprimento, aí incluindo, designadamente, as estratégias, políticas, processos, procedimentos, estruturas e recursos vocacionados para o efeito.

Realmente, constituindo, como se viu, o controlo de cumprimento uma das vertentes matriciais e específicas do controlo interno, considerado na sua globalidade, naturalmente não pode deixar de comungar dos elementos típicos que o definem, segundo o que se acolhe no artº 2º do Aviso nº 5/2008, ajustados embora à respectiva finalidade distintiva.

Por sua vez, a função de cumprimento convoca a ideia da actividade desenvolvida por uma estrutura própria, cuja razão de ser é, exactamente, promover que a instituição em que se insere actue em consonância com os normativos aplicáveis, reportando-se, ora aquela, ora a esta, ou, frequentemente, a ambas como um todo.

Desta sorte, a função de cumprimento representa uma das componentes do conteúdo cujo continente é o sistema de controlo. Materializa-o no quotidiano da vida da empresa, tornando-o, por assim dizer, sensível aos olhos da corporação e dos seus colaboradores.

Neste sentido, reveste um papel preponderante na prevenção e gestão do risco, como seu agente privilegiado, zelando para que, por um lado, a instituição efectivamente disponha dos outros meios basilares ou adjuvantes do sistema de controlo e, por outro, os utilize e pratique com amplitude e eficácia.

Percebe-se, pois, a imperatividade da constituição da função, que emerge dos diplomas relevantes, do mesmo modo que se compreende o estabelecimento de requisitos particulares que lhe conferem uma feição única no quadro do sistema de controlo de cumprimento.

Por outras palavras, conquanto a panóplia de meios típicos a transcenda inequivocamente, a função de cumprimento, no seu sentido mais abrangente, configura-se como o instrumento executivo por excelência do sistema de controlo, o seu propulsor, cujo desempenho é determinante na consecução dos desideratos a atingir.

Realmente, de pouco serve que uma instituição disponha de um conjunto de estratégias, de políticas e de processos criteriosamente elaborados, de documentos exemplarmente aprovados, de um acervo de procedimentos exaustivamente definidos, mesmo de um leque de recursos afectos, se inexistente – ou é insuficiente – um núcleo de intervenção mobilizado para a execução, penhor de que efectivamente se age segundo as intenções.

Sem embargo, não podem deixar de ser as estratégias, as políticas e os processos a moldar e enquadrar a sua actuação, em ordem a prevenir a arbitrariedade e garantir que ela se desenvolve em consonância com a vontade corporativa devidamente manifestada nos órgãos próprios de cúpula, correspondentemente responsabilizados e responsabilizáveis.



b) Natureza

24. O modelo desenhado pelos documentos internacionais de referência aponta para que todo o *aparelho* relativo ao cumprimento – o sistema no seu conjunto e a correspondente função – seja construído e opere prevalentemente na ordem interna de cada entidade a que respeita.

Esta ideia, que se manifesta em múltiplos aspectos e considerações, repousa, em definitivo, sobre a convicção, expressamente afirmada no décimo princípio do texto do CEBS, de que *compliance* deve ser encarado como um instrumento (actividade) nuclear de gestão de risco, a levar a cabo no seio da instituição.

Daí que, por regra, se exclua a possibilidade de externalização da função, ancorada num qualquer regime de prestação de serviços. E onde se admita que tarefas específicas possam ser abrangidas nesse expediente, devem elas ficar sempre sujeitas à supervisão do responsável de cumprimento que, conseqüentemente, não pode deixar de integrar a estrutura interna da empresa.

É, assim, aliás, que se justifica a submissão da função de cumprimento à revisão de auditoria interna, acolhida no princípio nove.

Completamente alinhado está também o documento do OICV-IOSCO, destacando-se, a propósito destes pontos, o que se contém nos tópicos seis e oito e seus princípios.

Por quanto já antes ficou exposto, compreende-se que, tanto o Código de Valores Mobiliários, como o Aviso nº 5/2008, repliquem a arquitectura das fontes que, directa ou indirectamente, os inspiraram⁽⁵⁰⁾.

Multiplicam-se, com efeito, a diferentes níveis, as razões que aconselham e ancoram a internalidade do sistema.

⁽⁵⁰⁾- Figurando também nesse plano a Directiva da Comissão 2006/73 CE.



Desde logo, o controlo de cumprimento, tanto no conceito como nas suas distintas e concretas manifestações, integra o sistema geral de controlo interno, o que supõe que se organize, estabeleça e desenvolva no quadro estrutural, hierárquico e funcional de cada entidade.

Este modo de ser é catalisado pelo facto de as preocupações com o cumprimento deverem abranger todo o quadro de colaboradores, com saliência para os colocados nos patamares mais elevados, e convocarem o decisivo envolvimento e responsabilização dos titulares do órgão de administração.

Certo é também que a identificação, monitorização, controlo e gestão, regulares e permanentes, do risco de incumprimento, reivindicados pelos normativos vigentes, dificilmente se compatibilizaria com um exercício funcional a partir de fora, sem a vantagem e a experiência do pulsar quotidiano da empresa, potencialmente agravado com os muitos prováveis maiores obstáculos e embaraços no acesso aos seus dirigentes.

Maximizar-se-ia, de resto, a tentação da diluição de responsabilidades, quer pela ocorrência, quer pela superação das contingências, que é tudo o que, sem dúvida, menos se deseja.

Não há, sequer, nenhuma incongruência no facto de se reclamar a independência da função de cumprimento, visto que estão normativamente identificados os critérios que a qualificam e nenhum deles supõe a intervenção de terceiros à instituição.

Não admira, pois, que não exista, nos diplomas citados, nenhuma norma que contemple o recurso a meios externos para assegurar a satisfação das obrigações inerentes ao sistema de controlo de cumprimento, embora também seja verdade que nenhuma peremptoriamente o exclui.

Neste contexto, à pergunta sobre a faculdade de contratação do controlo de cumprimento com terceiros deve responder-se de uma forma muito prudente e minimalista, com o apoio que emana das fontes de origem: só será admissível a



atribuição de tarefas específicas ⁽⁵¹⁾, sempre sob a supervisão do responsável de cumprimento e sem prescindir dos encargos que onerem a estrutura interna da entidade.

25. Merece uma referência autónoma o que ocorre em sede da Norma Regulamentar que regula as sociedades gestoras de fundos de pensões.

Também aí, é certo, a arquitectura matricial do modelo induz a opção pela internalização do sistema de cumprimento.

Com efeito, não pode deixar de se reparar na determinação do nº 1 do artº 20º, para que a função de *compliance* se estabeleça na *estrutura organizacional* da própria sociedade gestora, podendo embora a *tipologia estrutural* utilizada não verificar completamente o *requisito da independência no caso de entidades com amplitude restrita de negócio e reduzida dimensão dos riscos associados à respectiva actividade ou à dos fundos de pensões geridos* – *ex vi* do nº 3 –, do mesmo modo que são significativas as referências ao pessoal afecto, às suas qualificações e atribuições, que se acolhem com especial ênfase e densidade nos nºs 2 e 4.

A verdade é que, apesar disso, o nº 2 do artº 21º consagra que, sem prejuízo da manutenção da respectiva responsabilidade, as entidades gestoras *podem subcontratar o desempenho de funções-chave, devendo, no entanto, reavaliar periodicamente a qualidade da execução das funções subcontratadas*. Ora, a denominada função de *compliance* é, seguramente, uma das ditas funções-chave, como resulta inequivocamente da sua inserção na Secção IV, do Capítulo II, da Norma, exactamente sob essa epígrafe.

26. Impõe-se, todavia um apontamento sobre a situação das sociedades que se encontrem em relação de domínio.

⁽⁵¹⁾- Poderá ser, por exemplo, o caso de se atribuir a um consultor a tarefa de identificar as providências a adoptar e coordenar a respectiva execução em termos de a entidade poder vir a satisfazer atempadamente novos requisitos de exercício da actividade que se lhe imponham.



Está em causa saber a possibilidade de organização de serviços partilhados entre as entidades relacionadas para a satisfação das exigências que se reportam ao controlo de cumprimento e desempenho da correspondente função.

A resposta, em sentido afirmativo, está expressa e unanimemente acolhida em todos os diplomas pertinentes, designadamente no artº 24º, nº 6, do Aviso nº 5/2008, no artº 21º, nº 3, da NR nº 8/2009-R e no artº 6º, nº 4, do Regulamento CMVM nº 2/2007, na redacção que lhe foi conferida pela Regulamento nº 3/2008.

É claro que esta solução não contende com a questão da internalidade do sistema de controlo e da função de cumprimento, nos termos expostos no número precedente. Simplesmente o referencial relevante para a aferir deixa se ser cada entidade de per-si para passar a ser o conjunto de sociedade em que se integra e o tipo de relação que entre eles se estabelece.

27. Sobra um ponto mais a ter em conta nesta sede. Se bem que complementar e, em parte, tributário do que fica dito, reveste, no entanto, autonomia, permanecendo mesmo quando se admita a organização e funcionamento do controlo de cumprimento com recurso à prestação de serviços de entidades terceiras.

Trata-se do modo como se coloca e convive com os interlocutores da instituição a que respeita, no quadro dos relacionamentos múltiplos por ela estabelecidos no exercício da sua actividade ou por causa dela.

A este propósito, há um par de notas a reter.

Destinando-se a providenciar para que a instituição aja de acordo com os normativos a que está submetida e responda apropriadamente às suas obrigações, os vínculos por ela estabelecidos, tanto na sua tipologia, como na sua materialidade, não podem, naturalmente, deixar de constituir um ponto nuclear de observação e sindicância.

Mas o que quer que seja que resulte dessa função, mesmo quando se trate de introduzir medidas de superação ou reparação de incidências, opera exclusivamente



na ordem interna, embora possa projectar-se mediatamente no plano das relações estabelecidas, exactamente por via da concretização das acções que se justifiquem.

Não há, na verdade, o mínimo sinal em que pudesse sustentar-se a possibilidade de uma qualquer confrontação directa do sistema de controlo ou dos seus agentes por iniciativa de quem, em alguma circunstância, é contraparte da instituição.

E assim é também no caso de omissões ou deficiências do sistema que afectem a sua fiabilidade, quando se evidenciem responsabilidades concretamente imputáveis.

Não está excluído, é claro, o escrutínio das autoridades de supervisão no âmbito das suas competências. Mas, mesmo aí, a sujeição a censura individual dos colaboradores da entidade supervisionada só pode ter lugar no estrito quadro em que o permita o regime legal específico aplicável.

É este, pois, um aspecto acrescido da internalidade que matiza o modelo actual de controlo de cumprimento.

c) Âmbito e Conteúdo

28. Nas suas arquitectura e formulação, o sistema e a função de cumprimento são universais com relação às actividades desenvolvidas pelas entidades abrangidas e gerais no que respeita à vinculação dos respectivos colaboradores, independentemente da posição que nelas ocupam e sem prejuízo de diversos graus de responsabilidade no exercício.

Justificam-se algumas palavras para elucidar e tornar mais compreensível esta asserção basilar.

Uma vez que as exigências a propósito contidas no CVM e sua regulamentação se dirigem aos intermediários financeiros – surgindo, aliás, no panorama dos deveres de organização e exercício que lhes são impostos – é claro que estão sempre e só em causa as actividades de intermediação.

Mas neste universo cabem diversas realidades – não só uma –, aliás heterogéneas, como se alcança da concatenação dos já citados artºs 289º, 290º e 291º do CVM.

E apesar de, por vezes, haver impedimentos à cumulação, restrições quanto ao objecto ou imperativos relativamente à qualidade do agente, não raro é dada à mesma entidade a possibilidade de desenvolver simultaneamente mais do que uma de entre as actividades elegíveis.

Já quanto aos fundos de pensões, de acordo com o respectivo regime jurídico constante do Dec.-Lei nº 12/2006, de 20 de Janeiro, a gestão pode ser levada a cabo, alternativamente, por sociedades criadas exclusivamente para esse efeito ou por empresas seguradoras do ramo vida devidamente constituídas em consonância com as condições de acesso e exercício da actividade de seguros, actualmente consagradas no Dec.-Lei nº 94-B/98, de 17 de Abril – diversas vezes alterado, embora, desde o início da sua vigência –, como se vê do artº 32º, nºs 1 e 2, daquele diploma legal.

Qualquer que seja, contudo, a natureza da entidade gestora, ela pode exercer *de forma autónoma, actividades necessárias ou complementares da gestão de fundos de pensões* – artº 32º, nº 3 – e, independentemente disso, pode gerir um ou mais fundos.

Por seu turno, no que respeita às instituições de crédito e sociedades financeiras, sujeitas à disciplina do Aviso nº 5/2008, vê-se dos artºs 4º, 5º e 7º do respectivo regime geral que, consoante os casos e circunstâncias, podem elas também estar limitadas ao exercício de uma única actividade ou ser-lhes, pelo contrário, facultado o desempenho simultâneo de várias.

Ora, o que emerge do acervo de dispositivos aplicável, nas distintas situações, ao sistema de controlo e função de cumprimento é a sua extensão, sem reservas, restrições ou ajustamentos a todo o conjunto de actividades que as entidades destinatárias efectivamente levam a cabo.

Por outras palavras, o sistema de controlo e a função de cumprimento, nos termos e segundo o modelo por que estão concebidos, comportam um imperativo de organização e funcionamento das sociedades a que se dirigem, que abrange e envolve

toda a sua actuação onde ela se materializa e independentemente das formas que revista.

Em boa verdade, só assim se pode alcançar a multiplicidade de objectivos que se viu consubstanciar os fundamentos e a razão de ser da opção assumida, da mesma sorte que só assim o controlo de cumprimento pode responder à vocação, a que é chamado, de integrar o sistema global de controlo interno de risco.

É, pois, característica a marca de universalidade que o perpassa.

Corolário é o de todos os meios que corporizam o sistema de controlo e a função de cumprimento – estratégias, políticas, procedimentos, instrumentos, recursos – terem de ser montados e operacionalizados em ordem a poderem corresponder às normais exigências de gestão do risco correspondente relativamente à globalidade das actividades prosseguidas, sem prejuízo das especificidades de cada uma e da liberdade de organização que procede.

29. Por ser assim, e em paralelo, a eficácia do sistema não pode prescindir da ideia de que ele se arvora como uma missão colectiva de toda a corporação, maugrado o agravado encargo que deve impender sobre quem tem o poder de dirigir, a repartição, em graus diferentes da responsabilidade, pela implementação e prática em razão da colocação nos diferentes níveis de hierarquia e a disponibilização de uma equipa afecta ao exercício recorrente da função, para tanto, dotada de especiais *habilidades*.

Nos já conhecidos textos matriciais internacionais são muito evidentes as expressões desta transversalidade, como é, *v.g.*, o caso do que se expõe na introdução e nos quatro primeiros princípios do documento do Comité de Basileia e na introdução e nos princípios que integram os dois primeiros tópicos do documento do IOCV-IOSCO.

Pelo papel que desempenharam na génese do nosso regime vigente, são, como já ficou exposto, um auxiliar precioso na fixação e alcance com que ele deve ser entendido. Mas, a mais disso, os normativos nacionais são, eles próprios, pródigos na manifestação de que o controlo de cumprimento é algo que a todos respeita e que

com todos tem de contar, cada qual embora em função da posição que ocupa na organização e das competências com que nela está investido ⁽⁵²⁾.

Segue-se, pois, que toda a estrutura, aos diferentes níveis, é chamada à construção, prática e partilha de um ambiente e de uma cultura vocacionados para o cumprimento e, mais concretamente, a adequar activamente todas as condutas às estratégias, políticas e processos definidos neste domínio.

Daqui resultam óbvias consequências práticas, designadamente no plano da responsabilização individual dos diversos agentes, tanto, como é intuitivo, no plano interno, como, chegando a existir infracção pessoal, como tal qualificável pelas leis-quadro aplicáveis, em sede do procedimento sancionatório que a contemple.

30. Questão diversa, mas igualmente da maior importância, é a da delimitação do objecto do sistema e função de cumprimento, com inerente projecção na delimitação do seu conteúdo.

Sabemos, é certo, que se trata de prevenir e gerir o risco de incumprimento, já globalmente caracterizado nas páginas precedentes. Mas importa ponderar algo mais para esclarecer o universo dos riscos envolvidos.

O problema suscita-se a partir, essencialmente, da consideração concertada de quatro referências fundamentais, aliás, de distinto cariz: a construção conceptual do modelo; a criação de condições práticas para a exponenciação das suas eficiência e eficácia; a identificação de relevantes domínios de actuação e relacionamento das empresas que transcendem a prossecução das suas actividades; a existência de outros mecanismos vocacionados para assegurar a conformidade dos procedimentos.

Uma leitura singela dos dispositivos do Direito interno pode induzir, liminarmente, a ideia de que o sistema e a função de cumprimento respeitam a toda a

⁽⁵²⁾- Cfr., designadamente, o disposto nos arts 4º a 7º, 9º e 21º do Aviso nº 5/2008 e arts 4º, 6º e 7º da Norma Regulamentar nº 8/2009-R.

Formulados numa óptica de abrangência de todo o controlo interno, incluem, por isso mesmo e nos exactos termos, a vertente que respeita ao sistema e função de cumprimento.

vida das empresas abrangidas, independentemente dos sectores em que se consubstancia e das concretas manifestações que a corporizam.

Com maior intensidade, abonariam em favor de uma tal asserção o facto de, por um lado, o denominado risco de *compliance* surgir definido com carácter extremamente amplo sem, por outro, essa perspectiva ser contrabalançada pela evidência de sinais limitadores suficientemente claros e fortes, no plano dos meios que, precisamente, são construídos e vocacionados para o prevenir e gerir.

Todavia, a circunstância de um e outra se enquadrarem e serem vistos como vertentes do sistema geral de controlo interno sugere que aquilo que, nuclear e realmente, está em causa é o desempenho eficiente e rentável da actividade – ou actividades – das entidades vinculadas, levado a cabo em conformidade com a disciplina normativa que a governa, nos distintos patamares em que se expressa, em ordem a que se viabilize a utilização eficaz dos activos e recursos, a continuidade do negócio e a sobrevivência da instituição, suportadas em processos de decisão adequada, fiável e tempestivamente informados ⁽⁵³⁾.

Ora, é este, também, o entendimento que inequivocamente se recolhe dos textos internacionais relevantes nesta matéria. Aí o acento tónico da recomendação de introdução de uma função de cumprimento é, claramente, colocado na necessidade de as instituições ficarem, assim, melhor apetrechadas a providenciar e assegurar que as actividades que realizam o respectivo objecto social são conduzidas em consonância com os imperativos jurídicos pertinentes, seja qual for a sua fonte, e preferencialmente segundo os melhores padrões de ética comercial e corporativa, evitando, designadamente, as consequências desfavoráveis potencialmente emergentes de comportamentos hostis a tais princípios, quer no plano patrimonial, como no da reputação.

⁽⁵³⁾- Cfr. artº 2º do Aviso nº 5/2008.



Em boa verdade, é esta também a perspectiva que preside à moldura e disciplina da função de cumprimento, segundo o que se extrai dos preceitos que, directa e especificamente, se lhe referem.

No caso do artº 305º-A do CVM, para além de ele se inserir no Título que o Código dedica à actividade de intermediação e, mais concretamente, na secção respeitante à sua organização e exercício, é particularmente sintomática e reveladora a disposição do nº 4, a qual, por sua vez, é replicada no nº 3 do artº 17º do Aviso nº 5/2008. Já quanto à Norma Regulamentar do ISP, tenha-se presente o que consta dos nºs 1 e 3 do artº 20º ⁽⁵⁴⁾.

Postas assim as coisas, emergem dois corolários fundamentais que, apesar de colocados em patamares diferenciados, são, de algum modo, complementares, arvorando-se e aflorando como faces de uma só moeda.

Desde logo, há áreas de actuação das empresas que transcendem o campo típico de intervenção do sistema de controlo e, sobretudo, da função de cumprimento, não lhes sendo, portanto, nucleares ⁽⁵⁵⁾ ⁽⁵⁶⁾; porém, como está bem de ver, essa circunstância é tendencialmente favorável à eficiência e eficácia desta função, potenciando os resultados do respectivo exercício.

Com efeito, na medida em que obvia à necessidade de avocação e gestão de conhecimentos e recursos demasiado dispersos e difusos, exponencia a coesão interna da equipa e permite que se concentre, em permanência, em focos precisos que se atêm à razão de ser e teleologia próprias da empresa.

⁽⁵⁴⁾- No sentido de que, em sede de regulamentação da actividade de intermediação financeira, a prevenção e gestão do risco de incumprimento estão sempre relacionadas com a actividade (principal!) da organização, pode ver-se Almudena de la Mata Muñoz, *La Función de Cumplimiento Normativo en el Ámbito de las Entidades de Crédito y las Empresas de Servicios de Inversión: de Basilea II a MIFID y su Transposición en España. El Reconocimiento Legislativo de una Realidad Práctica*, in Revista de Derecho Bancario y Bursátil, ano XXVIII, Janeiro-Março 2009, ed. Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 153.

⁽⁵⁵⁾- Sem prejuízo, é claro, de cada entidade se poder organizar – mas sem obrigação de o fazer – em ordem a contemplar esses domínios no seu modelo.

⁽⁵⁶⁾- Assim, também, Almudena de la Mata Muñoz, est. e loc. citis..



Sem embargo, não fica excluída a possibilidade de a lei atribuir especificamente à função de cumprimento competências que, não fora essa imputação e no quadro do entendimento perfilhado, lhe não caberiam.

Valha a verdade, uma tal intervenção normativa – que, aliás, tem vindo a multiplicar-se –, é, por si só, demonstrativa de que as exigências requeridas à função de cumprimento não assumem a vastidão que aprioristicamente pareceria dever considerar-se.

31. A partir deste pensamento, tem-se, por vezes, procurado caracterizar o âmbito material da função de cumprimento identificando as áreas que o integram ⁽⁵⁷⁾.

Não se trata de um esforço em vão. Tem, quando menos, a virtualidade de destacar matérias que a função não pode, por regra, descurar, ainda quando sobre alguma delas sempre se possa suscitar dúvidas acerca da bondade da selecção.

O maior risco parece, então, ser o de, à vista da variedade de actividades elegíveis e na falta de uma enumeração legal de suporte, poderem ficar de fora aspectos que, designadamente, segundo as circunstâncias concretas da entidade em causa, não devem considerar-se alheios ou marginais à prossecução estrita do seu objecto e, logo, subtraídas ao normal escrutínio do sistema de cumprimento.

Doutro passo, crê-se possível, em linha com o critério definido e também sem qualquer preocupação de exaustão apontar áreas fora do âmbito material da função.

Será, *v.g.*, o caso do universo das relações laborais, e conseqüente gestão do pessoal, como o será também todo o campo relativo à negociação e relacionamento com fornecedores externos, salvo no que possa respeitar a subcontratações legítimas das próprias actividades desenvolvidas ou de parte delas.

Do mesmo modo, estarão também excluídas do âmbito da função de cumprimento as temáticas relativas ao parque imobiliário das instituições e à organização e execução contabilística, ainda que não possa perder-se de vista o que

⁽⁵⁷⁾- *Vd.* Almudena de la Mata Muñoz, est. cit., págs. 154 e 155.



constitua requisitos específicos da actividade, como é o caso da exigência de segregação patrimonial na intermediação financeira, prevista no artº 306º do CVM.

Não significa isto que, nestes nichos, se permita às entidades viver ou agir à margem da legalidade. Contarão, todavia, com o apoio jurídico dos serviços a que recorrem.

Em síntese, no entendimento tido por mais apropriado – pelo menos no estágio actual da evolução e face às motivações que, realmente, o ditaram –, o sistema de controlo de cumprimento, nas suas distintas componentes tem por objecto a identificação, seguimento e controlo do risco de incumprimento inerente à organização e prossecução das actividades desenvolvidas pela empresa em que se insere.

Neste domínio, a benefício do que já está dito e ainda mais decorrerá da exposição subsequente, o conteúdo funcional é muito amplo: contempla tudo o que respeita ao estabelecimento de estratégias, políticas, sistemas, procedimentos e práticas que intentam promover a adequação da actividade à globalidade dos normativos aplicáveis, introduzir os ajustamentos necessários em razão das alterações que tenham lugar, verificar que a actuação concreta é efectivamente conforme, sobretudo por via da monitorização dos principais riscos e incidências e, sendo o caso, providenciar para que se superem as irregularidades que ocorram e se mitiguem as consequências e impactos que podem produzir.

d) *Princípios*

32. Aqui chegados, é tempo de procurar surpreender o conjunto de princípios basilares que presidem à organização e funcionamento do sistema de controlo e função de cumprimento, alicerçando o correspondente edifício.



Será, para tanto, indispensável ter presente os documentos normativos pertinentes, já conhecidos, com a advertência, feita a seu tempo e agora recordada, de que aqui só pode cuidar-se do arquétipo legal ⁽⁵⁸⁾.

33. Justificar-se-á, em primeiro lugar, invocar o princípio da legalidade.

À semelhança do que ocorre em todos os demais domínios em que prevalece, ele significa, literal e liminarmente, que o sistema de controlo e a função de cumprimento estão sujeitos à lei e devem obedecer-lhe.

Convoca, sem embargo, aspectos diferenciados que importa assinalar.

Um deles sublinha a imperatividade da respectiva implementação em todo o universo de entidades sujeitas.

Com efeito, mesmo sobrando, como já se deu conta e melhor se reflectirá de seguida, uma margem significativa de discricionariedade na configuração concreta do modelo, todas elas estão estritamente vinculadas à obrigação de dispor de um sistema – materializado numa panóplia de políticas, estratégias, processos, procedimentos e recursos – vocacionado para a prevenção e gestão do risco de incumprimento.

E se é certo que se privilegia prioritariamente o resultado, verdade é também que nem sequer se prescinde, em absoluto, da consideração dos meios, o que é sobretudo notório na exigência da criação de uma estrutura que assegure, com regularidade, o exercício da função.

Cabe sublinhar a imprescindibilidade de satisfação, pelo mínimo, de todos os requisitos legais, o que comporta dois importantes corolários. Por um lado, o sistema deve contemplar as diferentes etapas identificáveis na gestão do risco de incumprimento: a prevenção, o seguimento e o controlo, avultando neste a detecção e superação de incidências. Por outro lado, nada do que se promova ou pratique no seio de cada instituição, no âmbito da liberdade que lhe é confiada, pode, todavia, ter por

⁽⁵⁸⁾- *Vd.* o que, a propósito, ficou precedentemente escrito em I, al.d).



efeito a não conformação com os requisitos estabelecidos, a frustração ou limitação dos objectivos em causa ou a consecução de fins não permitidos.

34. Ainda assim, a concretização do sistema de controlo e mesmo da função de cumprimento em cada entidade vinculada está longe de significar a necessidade de adopção de um modelo estereotipado, uniforme, normativamente imposto.

Pelo contrário, é deixado aos destinatários a faculdade de se organizarem e agirem segundo os seus próprios critérios, ponto que as opções tomadas sejam apropriadas a preencher os requisitos mínimos legais e a propiciar a satisfação do escopo a atingir.

Interceptam-se, assim, neste domínio, dois princípios complementares a observar concretamente: o da liberdade ou versatilidade organizativa e o da proporcionalidade.

Com efeito, a moldura legal prescinde, em absoluto, do recurso a fórmulas sacramentais de disciplina interna preferindo confiar na idoneidade de todas as entidades subordinadas para, com grande margem de autonomia, definirem, corporizarem e vocacionarem os instrumentos segundo a geometria que entendam mais ajustada ao seu paradigma de governo.

Semelhante solução, há que sublinhá-lo, sem tergiversar no móbil determinante da exigência do sistema de controlo de cumprimento, é, todavia, sem dúvida, a que melhor se ajusta à diversidade das instituições abrangidas nos múltiplos aspectos relevantes.

Mas, também por isso, fundamental é que, em cada caso, o resultado seja satisfatório, com tal significando a aptidão do modelo para providenciar, com solícitude, a gestão do risco incorrido, segundo as características particulares da entidade que se considere.

Tal qual já sucedia com os documentos que os inspiraram, estes princípios estão abundantemente suportados, conquanto sob formulações distintas, em todos os textos normativos nacionais.

É assim que o sistema de controlo interno – e designadamente a vertente que respeita ao cumprimento – «deve ser adequado à dimensão, natureza e complexidade da actividade, à natureza e magnitude dos riscos assumidos ou a assumir, bem como ao grau de centralização e delegação de autoridade estabelecido na instituição» – artº 3º, nº 3, do Aviso nº 5/2008 –, da mesma sorte que a «estrutura organizacional deve ser adequada à dimensão, natureza e complexidade da actividade desenvolvida pela instituição» – artº 6º, nº 3, do diploma citado.

Especificamente no plano da função de cumprimento, comina-se o dever de a estabelecer e manter em termos que assegurem a respectiva adequação – artº 17º, nºs 1 e 2, proémios, do Aviso, artº 20º, nº 1, da Norma Regulamentar nº 8/2009-R e artº 305º, nº 3, do CVM –, limitando-se, contudo, a lei, a enumerar alguns poucos – se bem que importantes – aspectos vinculativos a observar.

Mas ainda quanto a estes prevalece alguma tolerância, como, de modo inequívoco, resulta, respectivamente, dos artºs 17º, nº 3, 20º, nº 3, e 305º, nº 4, de cada um dos diplomas e pela ordem com que ficaram referidos ⁽⁵⁹⁾.

Doutra parte, e como já atrás houve ensejo de referir, está admitido que, nos grupos empresariais, a função seja organizada e funcione com carácter global.

Naturalmente, este estado de coisas – quer dizer, a ausência de um estereótipo de organização e acção e a correspondente liberdade concedida às entidades – comporta uma maior probabilidade de se gerarem *disfunções* dos modelos concretamente construídos, mas esse é um problema que se mitiga e a que se dá resposta pela sujeição ao escrutínio e sindicabilidade das autoridades de supervisão e ao regime sancionatório aplicável.

35. Já houve oportunidade de sinalizar o facto de o sistema de controlo de cumprimento se dirigir e abarcar a globalidade das actividades que constituem objecto de cada entidade abrangida, e que por ela sejam efectivamente prosseguidas,

⁽⁵⁹⁾- *Vd.* também o artº 6º do Regulamento da CMVM nº 2/2007.



contemplando a multiplicidade de vertentes e aspectos característicos, em vista do que deve ser casuisticamente concebido, moldado e praticado.

Nisto se corporiza nuclearmente o que pode designar-se pelo princípio da universalidade.

Justificam-se ponderações adicionais.

Sem dúvida que em razão da diversidade de natureza, finalidades, meios utilizados, circunstâncias ..., os correspondentes riscos típicos de incumprimento podem assumir – e frequentemente assumirão – variadas conformações e intensidade, da mesma forma que a sua eventual ocorrência convocará também, comumente, distintas consequências e impactos ⁽⁶⁰⁾. Até com relação a uma só actividade, de per si considerada, não será, muitas vezes, difícil identificar riscos de incumprimento de diferentes matizes.

Intui-se, assim, a razoabilidade de, segundo as especificidades de cada situação, se poder lançar mão de meios díspares, tanto no plano das políticas, estratégias ou metodologias, como no dos instrumentos e recursos afectos e utilizados.

Sucedem que este ponto, particularmente ilustrativo da liberdade da organização aludida no número precedente, em nada contende, porém, com o princípio da universalidade que, pelo contrário, é com ele plenamente compatível.

O que verdadeiramente importa é que toda e qualquer actividade, independentemente das suas particularidades, deve ser integrada no sistema geral de controlo de cumprimento e como tal monitorizada e acompanhada, segundo os padrões que a instituição houver definido.

Doutra parte, em linha com o critério da proporcionalidade, determinante é que o conjunto de providências disponibilizado seja *adequado* ao risco sob sindicância e, logo, susceptível de prover a respectiva gestão nas distintas fases e etapas em que se concretiza e desdobra.

⁽⁶⁰⁾- Bastará, aliás, ter em conta a concorrência de requisitos ou exigências normativos heterogêneos, quando não mesmo regimes globalmente não justaponeáveis.

Impende, de resto, sobre as instituições o dever de organizar e manter processos sistematizados de acompanhamento dos múltiplos riscos elegíveis, o que, no caso do de incumprimento, explica, por um lado, o requerimento de uma estrutura encarregada da correspondente função, sob responsabilidade máxima, unicéfala, de um para o efeito e, por outro, em larga medida – se bem que não exclusivamente – se materializa nela ⁽⁶¹⁾ ⁽⁶²⁾.

36. Em paralelo com o da universalidade, assim entendido, e caminhando, paredes meias, com ele, pode facilmente identificar-se o princípio da transversalidade, com o sentido de que o sistema de controlo de cumprimento respeita a toda a organização empresarial e, concretamente, a todas as pessoas que nela se inserem, independentemente da posição que aí assumem e das competências que exercem.

Por outras palavras, a preocupação com a detecção e gestão do risco de incumprimento, se bem que estas estejam especialmente confiadas a uma estrutura própria que, por assim dizer, faz o seu acompanhamento executivo, constitui, todavia, um apanágio de todo o corpo pessoal que sustenta a empresa e exprime-se de diferentes modos e em distintos patamares.

Assim, é essencial, desde logo, que o órgão de administração se comprometa efectiva e activamente com o risco de *compliance*, o que se materializa em múltiplos estádios e manifestações.

Sem dúvida, há o dever fundamental de prover à criação da estrutura direccionada ao exercício da função de cumprimento. Isso envolve necessariamente a dotação de meios técnicos e humanos apropriados; mas também a correspondente dignificação na hierarquia da empresa, que é condição privilegiada para que ela possa realizar adequadamente a sua missão.

⁽⁶¹⁾- Cfr., v.g., os artºs 14º e 17º do Aviso.

⁽⁶²⁾- Um modo particular de exprimir a universalidade do sistema de controlo interno – e logo também no que respeita ao risco de incumprimento que ele integra – pode ver-se no nº 2 do artº 3º do Aviso.



Contudo, a mais disto, na prática quotidiana, o órgão de administração só satisfaz, na plenitude, a obrigação que o onera se apoiar e acarinhar a actividade da função de cumprimento, respeitando a sua independência.

Isto significa, designadamente, que deve ser assegurado o acesso irrestrito à informação pertinente, facilitados os contactos com todas as áreas relevantes, dinamizados, quando justificado, eventuais esquemas de reporte, analisadas e ponderadas as sugestões ou recomendações recebidas e providenciada a implementação das providências que se mostrem necessárias ao cumprimento e requeiram, segundo o modelo de organização e funcionamento da empresa, a intervenção do próprio órgão de administração.

Para que tal seja possível, o órgão de administração deve favorecer e incentivar a criação de um ambiente e de uma cultura de cumprimento que, precisamente, se dirijam a solidificar, nos diferentes planos e níveis da organização, a convicção firme do empenho, da conveniência e da vantagem de agir sempre segundo o que é exigível, privilegiando as melhores práticas, suportadas em estimáveis padrões de ética.

Em contrapartida, como se fora o outro prato da balança, há que reivindicar, de todos os colaboradores uma actuação consentânea com as políticas e procedimentos definidos, em ordem a que o resultado se ajuste, sistemática e regularmente, aos objectivos.

Naturalmente é ainda papel determinante do órgão de administração a aprovação da documentação de suporte, ou, segundo as opções que adopte, disponha, a definição de órgãos intermédios, de competência delegada, que o possam fazer.

Neste domínio, merece um destaque particular a formulação de regras de conduta que, acolhendo os princípios fundadores do sistema de controlo, se conformem como paradigmas ancoradores do procedimento corrente de quantos dão corpo ao pulsar da instituição.

É, enfim, imprescindível assegurar, com suficiência e clareza, a divulgação da informação relevante, estabelecendo, paralelamente, canais que facilitem o esclarecimento de dúvidas, quando surjam, sobre o modo de agir.

A partir daqui, estende-se a todo o colectivo empresarial, sem menosprezar as diferentes responsabilidades individuais de cada um, emergentes das diversas posições na estrutura e na hierarquia – com óbvia densificação no caso dos dirigentes de topo –, o dever de cultivar o espírito de comprometimento e sã atitude capaz de conduzir a instituição, no seu conjunto, a elevados patamares de conformidade.

Em síntese, a regra da transversalidade impõe e supõe que cada pessoa, dentro da empresa, na sua *justa* medida, se arvore em guardião e comporte como agente de prevenção, gestão e controlo do risco de incumprimento.

Nas matrizes internacionais, esta regra está explícita e amplamente afirmada. Basta ter presente o que releva, respectivamente, dos quatro primeiros princípios do documento do Comité de Basileia e do tópico dois do relatório do OICV-IOSCO.

Mas está também fortemente respaldada na regulamentação nacional, segundo o que, nomeadamente, se consagra e resulta dos art^{os} 5^o a 9^o do Aviso, art^{os} 10^o e 11^o da NR n^o 8/2009-R e, ainda que de uma maneira claramente menos ostensiva, no art^o 305^o-A do CVM, *maxime* nos n^{os} 1, 2, als. a) e d), e 3, al. b).

37. Adrede vem o que creio poder apropriadamente designar-se por princípio da cognoscibilidade ou da transparência.

Tem ele, exactamente, a ver com o facto de a temática relativa ao risco de incumprimento a todos pertencer e a todos vincular. Porque assim é, então impõe-se que os instrumentos que a corporizam no seio da instituição estejam suficiente e adequadamente acessíveis para que, correspondentemente, possam ser conhecidos e praticados.

Com efeito, só é exigível que se cumpra e se realize aquilo que é razoavelmente susceptível de ser conhecido e compreendido.

A cabal consecução deste desiderato alcança-se na intersecção e conjugação de três pilares: a documentação dos instrumentos; a sua disponibilização a todos o colectivo; e a operacionalização de canais que permitam dar respostas pontuais a situações concretas, no plano das dúvidas que se coloquem quanto à compreensão do

significado e alcance dos textos e à aplicação efectiva dos procedimentos e ditames que acolhem.

Desde logo, os instrumentos adoptados, aprovados em sede própria, segundo o modelo de governo de cada entidade, devem estar suportados em documentos consultáveis. É esse o penhor primeiro da certeza quanto ao que são as suas opções, aos seus objectivos e metas, aos meios e mecanismos de actuação nos diversos estádios, à orgânica da decisão e seguimento.

É, de resto, ainda a documentação dos distintos instrumentos que, por um lado, viabiliza o escrutínio da respectiva adequação às exigências normativas e, por outro, o aferimento da bondade e do rigor dos comportamentos organizacionais, colectivos e individuais.

Mas é, por igual, imprescindível que o material de trabalho que o suporte documental corporiza esteja divulgado por toda a comunidade de colaboradores, exactamente em ordem a que, na posse do seu conhecimento, estejam em condições de, em cada momento e circunstância, procederem como se lhes requer.

Por isso, muito mais do que notícias ou informações sobre a existência dos documentos, é determinante garantir a sua acessibilidade constante, o que significa que cada colaborador deve, a todo o tempo, sem sequer precisar de endereçar alguma solicitação específica para o efeito, poder confrontar os documentos, quer porque efectivamente os tem, quer porque, como será mais natural no actual momento do desenvolvimento comunicacional, elas estão disponíveis em sítio de alcance directo.

Ainda assim, é de admitir que nem tudo será absolutamente claro e inequívoco para todos, independentemente do que esteja em causa e para lá das circunstâncias. É por isso que as instituições devem providenciar circuitos de interacção, através dos quais, quem disso necessite possa obter esclarecimentos ou, mesmo, orientações quanto ao modo de agir, potenciando-se comportamentos de conformidade, do que só podem resultar benefícios.

Nestas matérias, na esteira das suas fontes, a regulamentação interna é também pródiga em ancorar o princípio que fica enunciado.



Sem preocupação de ser exaustivo a propósito, tenha-se, no entanto, presente, designadamente, o que se estipula nos artºs 3º, nº 4, 4º, nºs 2 e 3, 6º, nºs 3 e 6, 8º, nº 2, 9º, nºs 2 e 3, 16º, nºs 6 e 7, e 18º, nºs 2 e 3, do Aviso, e artºs 5º, nº 4, 6º, nºs 2 e 3, 7º, nºs 2 e 3, 10º, nºs 2 e 3, 11º, nºs 2 e 3, e 22º, nº 1, da NR nº 8/2009-R.

38. É intuitiva a ideia de que o sistema de controlo de cumprimento obedece a um princípio de continuidade, que é fruto de o risco objecto ser, ele próprio, permanente.

É, sem dúvida, possível referenciar e monitorizar, de um modo particular, factos e situações que, pelas suas características ou contexto, intensificam a probabilidade de eclosão de desconformidades, mesmo quando se tenha em vista somente as de mais significativa projecção na empresa. E assim deve, realmente, ser, quanto possível, porque essa é uma via que potencia as hipóteses de prevenção e controlo.

Mas a verdade é que a eventualidade do incumprimento é inerente à própria dinâmica das instituições, quanto mais não seja porque se envolvem comportamentos humanos na multiplicidade das suas vicissitudes.

Daí que se requeira e imponha a constância da disponibilidade e intervenção dos meios organizados, com particular destaque para a função de cumprimento, em razão da dimensão eminentemente executiva que a caracteriza.

Sem embargo, a substância do princípio da continuidade, conquanto tenha aí uma manifestação privilegiada, não se esgota nessa vertente.

Implica, também, por um lado, uma atenção sistemática à capacidade de as entidades se acomodarem às inovações e às mudanças, quer sejam ditadas por opções de carácter interno, quer impostas por ditames exteriores, neste caso com especial saliência das alterações normativas que ocorrem, com o corolário do dever de providenciação e acompanhamento das medidas apropriadas para responder aos novos requisitos, preservando a habilitação para o cumprimento.

Apela, por outro lado, à avaliação e revisão regulares do conjunto de instrumentos vigentes, em ordem a garantir que se mantém actualizados e aptos, em

correspondência com as necessidades da empresa testadas nas experiências vividas, potenciando a eficiência e a eficácia do sistema de controlo no seu conjunto.

Com tal conteúdo, o princípio da continuidade comporta um desafio deveras exigente que, sobretudo em tempos de mudanças aceleradas e dispersas, reivindica uma sólida confluência de esforços para ser satisfatoriamente enfrentado.

Porém, não pode esquecer-se que, nesta sede, o sucesso é, simplesmente, sinónimo de dever cumprido!

39. O arquétipo legal está construído em termos que manifestam o acolhimento, quando menos implícito, do que pode designar-se por princípio da internalidade, observado, aliás, numa dupla acepção: a montagem e a operacionalização do sistema de controlo e da função de cumprimento e a gestão do correspondente risco constituem atribuições das entidades abrangidas e devem, pelo menos prevalentemente, ser assegurados no seu próprio seio; em regra, a responsabilidade funcional dos diversos agentes opera e exerce-se exclusivamente no interior de cada empresa.

Retomam-se aqui as observações já antes expostas ⁽⁶³⁾, a que há que juntar um par de considerações adicionais.

40. A ideia da internalidade, no primeiro dos sentidos indicados, perpassa transversalmente os documentos-fonte e atinge uma expressão ostensiva no princípio 10 do relatório do Comité de Basileia e no tópico 8 do IOSCO, respectivamente.

Como aí se vê, sem excluir a possibilidade de recurso a serviços de terceiros para a realização de tarefas específicas que enquadram a gestão do risco de incumprimento, assume-se, todavia, que esta se insere no âmago da actividade das instituições e deve, correspondente e correntemente, ser garantida desde o seu interior.

⁽⁶³⁾- Cfr. o que ficou dito em IV, b).



Ainda quando há lugar a algum tipo de contratação externa, remanescem o dever de fiscalização e a responsabilidade internas.

Esta concepção, bem vistas as coisas, acomoda-se bem e vai ao encontro da convicção de que a relação de proximidade – decerto favorecida e potenciada pela utilização de recursos internos – é muito relevante para o conhecimento aprofundado das actividades sob seguimento e controlo e normalmente decisiva para o exercício da influência que, frequentemente, é determinante na prevenção do risco e para a tomada pronta de providências de superação, quando ele se materializa.

Quanto aos diplomas nacionais, em linha com o que já foi avançado, importa, no entanto, distinguir, conforme se trate do Aviso e do CVM, por um lado, ou da Norma Regulamentar, por outro.

Relativamente aqueles dois, sinalizam-se os seguintes aspectos fulcrais: i) as atribuições conferidas ao órgão de administração e aos dirigentes de topo, na estruturação e implementação do sistema de controlo não são, pela sua própria natureza, externalizáveis, sem prejuízo de um e outros poderem fazer-se assistir de consultores que os aconselhem nas decisões a tomar e nos procedimentos a adoptar; ii) a modelação da função de cumprimento está tipologicamente assente sobre a perspectiva de que ela é exercida internamente, o que, de uma parte, explica o conteúdo de, pelo menos, algumas das competências atribuídas e, de outra, os requisitos dirigidos a *garantir a adequação e independência* da própria função; iii) não está prevista a contratação externa, ainda que pontual, de quaisquer tarefas próprias do sistema de controlo, correspondentes ou não a competências próprias, exclusivas ou partilhadas, da função de cumprimento, contemplando-se apenas a existência de serviços comuns – naturalmente suportados em estruturas compartilhadas – a instituições diferentes que integrem o mesmo grupo financeiro ⁽⁶⁴⁾ ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁴⁾- Cfr. artº 24º, nº 6, do Aviso e artº 6º, nº 4, do Regulamento CMVM nº 2/2007.

⁽⁶⁵⁾- Por contraposição com o que sucede com a função de auditoria segundo o que resulta do artº 22º, nº 6, do Aviso.

Perante tal estado de coisas, a dúvida consistirá mesmo em saber se é ou não legítima a subcontratação de tarefas específicas.



A situação é, contudo, diferente no que respeita à Norma Regulamentar aplicável às entidades gestoras de fundos de pensões.

Há pontos comuns: não se vislumbra, também aqui, a possibilidade de as competências dos órgãos de administração e dirigentes das empresas serem exercidos por contratação externa; por sua vez, face à similitude do artº 20º com os correspondentes artº 17º do Aviso e artº 305º-A do CVM, parece óbvio que o desenho da função de cumprimento, com a estrutura que a serve, privilegia o desempenho por recursos internos.

Mas, surpreendentemente, o nº 2 do artº 21º permite às entidades gestoras que, sem prejuízo da *manutenção da respectiva responsabilidade*, subcontratem o *desempenho das funções chave* – entre as quais, está, precisamente, a de *compliance* – conquanto devam *reavaliar periodicamente a qualidade da execução das funções subcontratadas*.

A verdade é que esta faculdade surge enunciada sem restrições de qualquer espécie, tanto objectivas, com relação a tarefas ou áreas idóneas para o recurso a serviços de terceiros, como subjectivas, atinentes a atributos, circunstâncias ou singularidades das entidades gestoras. E não se desvenda, na letra da lei, o mínimo sinal capaz de suportar um entendimento limitador.

Neste cenário, creio justificar-se a aplicação do velho brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, confirmando-se, neste domínio, uma excepção ao princípio geral – a qual, exactamente por esse carácter, não é repercutível para fora do estrito âmbito em que está prevista e procede.

Terá o regulador confiado no juízo prudente das entidades destinatárias quanto ao uso da faculdade conferida, sendo certo que tem sempre à mão o poder de intervir, modificando o regime estabelecido, quando entenda que a generosidade primitiva foi levada longe de mais!

O recurso aos critérios gerais da hermenêutica interpretativa induz uma resposta positiva, mas com a salvaguarda de se manter no seio da empresa o dever de supervisão sobre a tarefa contratada e a responsabilidade pela sua apropriada realização.



41. Sucede que a gestão do risco de incumprimento, com os contornos da lei, arvora-se como uma obrigação de cada uma das entidades sujeitas.

Para a satisfazer, como já visto, cabe uma enorme plêiade de diligências: definição de estratégias e políticas; estabelecimento de procedimentos e regras de conduta, identificação, monitorização e acompanhamento de factores de geração ou potenciação, criação de estruturas especificamente vocacionadas para a prevenção, seguimento, controlo, mitigação e superação do risco ...

O resultado é a institucionalização de uma teia de vínculos pessoais e funcionais que, arrancando embora de um dever geral imposto de fora, todavia se estabelecem, em vista a satisfazê-lo cabalmente, na ordem interna de cada entidade, entre ela e os seus colaboradores e órgãos de governo, segundo o modelo próprio de cada uma.

Daqui emanam obrigações comportamentais dos múltiplos envolvidos, de acordo com o *estatuto* próprio que lhes caiba.

Porque assim é, a responsabilidade correspondente apura-se e exerce-se, por regra, no estrito quadro da própria entidade, o que exclui o poder de intervenção directa de terceiros, mesmo com competência de supervisão, salvo onde possa existir norma para tanto especificamente habilitante.

Sem dúvida que o sistema de controlo de cumprimento está sujeito a sindicância, a qual, aliás, opera a diversos níveis. A benefício do que melhor se dirá abaixo, ela comporta, seguramente, a possibilidade e o dever – por isso o poder funcional – de verificar e avaliar a consonância com os requisitos legais, quer no plano da tectura, quer no do desempenho efectivo.

Isto, por sua vez, pode envolver o contacto imediato entre sindicantes e colaboradores da sindicanda – com destaque para os que integram a função de cumprimento, *maxime* o respectivo responsável, em razão das atribuições executivas que lhes cabem –, visando a obtenção de informações, esclarecimentos, documentos ou elementos de outro tipo, de que necessitem para o conveniente escrutínio.

E é também normal e estimável um relacionamento de iniciativa contrária, designadamente quando esteja em causa melhor apurar o sentido com que deve ser entendida alguma norma, ou o conteúdo ou alcance de certos compromissos, para melhor prover à sua satisfação, bem como obter autorizações que são imprescindíveis à prática de actos pretendidos.

Nada disto, porém, é incompatível nem subverte a natureza intrínseca das funções e das responsabilidades, que se processam na órbita das entidades.

É, pois, também com este significado que, com propriedade, se pode afirmar o princípio da internalidade ⁽⁶⁶⁾.

42. Não obstante, o edifício assenta igualmente sobre um outro pilar nuclear, a independência, especialmente conexionada com a função de cumprimento.

É este, aliás, um dos aspectos a cujo respeito o teor literal dos textos normativos é mais explícito, apesar das suas diferenciadas expressões.

Assim, o artº 17º, nº 1, do Aviso comina às instituições o dever de *estabelecer e manter uma função de «compliance» independente*, formulação que é integralmente replicada na Norma Regulamentar, segundo o que decorre da conjugação dos nºs 1 e 3 do seu artº 20º, ao estatuírem que *a entidade gestora deve estabelecer e manter na sua estrutura organizacional uma função de compliance*, a qual, por sua vez, *deve desempenhar as suas competências objectivamente e de forma independente*.

Substantiva e inequivocamente com o mesmo sentido, conquanto dito de maneira diferente – e mais abrangente – estatui o artº 305º-A, do CVM: *o intermediário financeiro deve estabelecer e manter um sistema de controlo de cumprimento independente* (corpo do nº 2), para cuja garantia deve *nomear um responsável ... e conferir-lhe os poderes necessários ao desempenho das suas funções*

⁽⁶⁶⁾- Nas fontes internacionais ele está particularmente presente na articulação da função de cumprimento (cf. v.g. o princípio 7 do documento do Comité de Basileia e o tópico 5 do documento do IOSCO, com as respectivas explicitações), cujos traços matriciais foram integralmente acolhidas nos normativos nacionais.

de modo independente [nº 3, al. a)], dotando-o para o efeito, *de meios e capacidade técnica adequados* [nº 3, al. b)] (⁶⁷).

Presente-se alguma dificuldade na articulação entre os princípios da internalidade e da independência. Mas a lei antecipa a chave do problema, enunciando os critérios qualificadores da independência, à luz dos quais ela deve ser avaliada, desconsiderando, para o efeito, a integração do sistema e, sobretudo, da função de cumprimento no quadro interno da própria empresa.

São eles: i) segregação funcional entre a área encarregada do controlo de cumprimento e as áreas de negócio, o que implica que o pessoal afecto à função de cumprimento, com o respectivo responsável à cabeça, não pode, por regra, ter intervenção no desempenho das actividades que materializam o objecto social, em qualquer das manifestações concretas que assumam (⁶⁸); ii) atribuição de capacidade de iniciativa própria à função de cumprimento; iii) livre e irrestrito acesso à informação relevante e às diversas instâncias da entidade, incluindo o órgão de administração; iv) adopção de métodos de remuneração que excluam conflitos de interesses.

No capítulo seguinte, na análise da orgânica e dinâmica da função de cumprimento, será mister considerar com maior detalhe estes critérios, motivo pelo qual se dispensam agora maiores desenvolvimentos.

43. Cabe ainda um breve par de notas sobre a sindicabilidade do sistema que constitui outro dos seus princípios inspiradores e orientadores.

Tem, aliás, de peculiar o facto de contemplando a globalidade dos aspectos que o caracterizam e em que se corporiza, operar em distintos níveis.

Trata-se, é claro, de o sistema de controlo ficar submetido, no seu conjunto, a escrutínio, que se destina a verificar se satisfaz as exigências normativas, tanto no

(⁶⁷)- Mais uma vez os textos portugueses estão em plena consonância com as fontes internacionais – cfr., v.g., o princípio 5 do documento do Comité de Basileia e o tópico 3 do relatório do OICV-IOSCO. Cf. Tb. o artº 6º, nº 2, da Directiva 2006/73/CE.

(⁶⁸)- Acolhe-se a regra básica segundo a qual o *vigiado* não pode ser o *vigilante*. Porém, admite-se que em casos excepcionais possa ser dispensada esta segregação (vd. artº 17º, nº 3, do Aviso, artº 20º, nº 3, da Norma Regulamentar, e artº 305º-A, nº 4, do CVM).

plano da concepção e institucionalização, como no do funcionamento, e está, por isso, em condições de oferecer uma resposta adequada, potenciando a consecução dos objectivos em vista, se bem que tendo em conta as particularidades da empresa em que é escrutinado.

Este ponto é de maior importância!

Viu-se, com efeito, que o sistema é caracterizado pela versatilidade, que confere a cada entidade liberdade para o organizar segundo as suas próprias opções, circunstâncias e necessidades, sem obediência vinculada a estereótipos previamente delineados.

Tal significa que, em matéria do sistema de controlo de cumprimento, as entidades sujeitas estão essencialmente adstritas a obrigações de resultado. E mesmo na área em que se consagra uma obrigação de meio, traduzida na criação de uma estrutura especificamente vocacionada para o exercício executivo da função de cumprimento, ainda assim estamos perante um vínculo de carácter essencialmente instrumental, para cuja satisfação é igualmente deixada às instituições uma ampla margem de discricionariedade.

Ora, a sindicabilidade do sistema não prescinde nem afasta esta realidade e, antes, intersecta-se com ela, o que implica que, nas avaliações a que houver lugar, tem de ser convenientemente atendida, inspirando os correspondentes processos.

Isto esclarecido, são, realmente, múltiplos, os mecanismos de acção, impulsionáveis a partir de dentro e de fora da entidade, consubstanciando, conseqüentemente, conforme os casos, meios de auto-sindicação e de hetero-sindicação.

Assim, cabe, desde logo, ao próprio órgão de administração acompanhar e proceder à revisão do sistema de controlo, o que mais não é do que escrutinar se ele se mantém actualizado e operante, introduzindo, se necessário, os ajustamentos ou mudanças para o efeito ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁹⁾- Cfr. v.g. os artºs 18º e 23º do Aviso, o artº 305º-D, nº 2, do CVM, e os artºs 10º e 14º da Norma Regulamentar.

Por outro lado, é inerente à função de cumprimento – e, por isso, aos seus agentes, com saliência para o máximo responsável – *o acompanhamento e a avaliação regular da adequação e da eficácia das medidas e procedimentos adoptados para detectar qualquer risco de incumprimento ... bem como das medidas tomadas para corrigir eventuais deficiências no respectivo cumprimento* ⁽⁷⁰⁾.

De igual sorte, compete à função geral de riscos e à auditoria interna, no quadro das suas atribuições correntes, assegurar a efectiva aplicação do sistema de gestão de riscos e de controlo interno, através do seu acompanhamento contínuo, emitindo as recomendações que forem ajustadas, o que, naturalmente inclui o sistema de controlo e a função de cumprimento como uma das suas vertentes basilares. Devem, aliás, elaborar relatórios, de periodicidade pelos menos anual, dirigidos aos órgãos de administração e fiscalização, sobre a actividade desenvolvida e os respectivos resultados ⁽⁷¹⁾.

Acresce que, num afloramento e concretização específicos do dever geral de seguimento e avaliação a cargo da administração, há lugar à apresentação, às autoridades de supervisão, de um relatório anual de controlo interno, o qual, naquilo que aqui importa, toma em conta o relatório do responsável da função de cumprimento e aprecia o estado do sistema de controlo do risco ⁽⁷²⁾.

E, no caso das instituições de crédito e sociedades financeiras, esse relatório é objecto de parecer do órgão interno de fiscalização, o que necessariamente apela ao seu próprio e autónomo escrutínio, pelo qual, de resto, é responsável nos termos gerais aplicáveis ao exercício da fiscalização.

Com base nos relatórios que recebam, ou, independentemente deles, por iniciativa autónoma, no estrito exercício das faculdades de que estão investidas, as respectivas autoridades podem sempre, quando o entendam, promover e praticar as

⁽⁷⁰⁾- *Ex vi* dos arts 17º, nº 1, al. a), do Aviso, 305º-A, nº 2, al. a), do CVM, e 21º, nº 5, al. a), da Norma Regulamentar.

⁽⁷¹⁾- *Vd.* arts 16º, nº 1, als. a) e b), e 22º, nº 1, do Aviso, arts 305º-B, nºs 2 e 3, e 305º-C, nº 1, do CVM, e arts 17º, nº 7, e 19º, nºs 6 e 7, da Norma Regulamentar.

⁽⁷²⁾- *Cfr.* arts 25º do Aviso, 11º do Regulamento CMVM nº 2/2007, e 23º da Norma Regulamentar.



diligências de supervisão que houverem por bem, em vista à certificação da existência e adequação do sistema de controlo de cumprimento nas entidades supervisionadas⁽⁷³⁾.

V – ORGÂNICA E DINÂMICA DA FUNÇÃO DE CUMPRIMENTO

a) *Sequência*

44. O caminho até aqui percorrido evidencia que o desempenho da função de cumprimento, correspondendo embora a uma missão que é comum e transversal a toda a corporação, assenta, todavia, primordialmente, numa estrutura organizada e vocacionada para o seu exercício executivo.

Trata-se, agora, de detalhar algo mais o respectivo enquadramento, com específica referência às atribuições, deveres e responsabilidades.

Prevalecem, a propósito, as já sobejamente citadas disposições dos artºs 305º-A do CVM, 17º do Aviso nº 5/2008, e 20º da NR nº 8/2009-R.

Conquanto não absolutamente justaponeáveis, coincidem genericamente e no fundamental, sobrando, simplesmente, diferenças de pormenor e sem particular relevo⁽⁷⁴⁾.

Consentem, pois, uma abordagem global e unitária, que se ensaiará de imediato.

b) *Estrutura*

⁽⁷³⁾- Tudo isto está em consonância com as orientações internacionais (vd., nomeadamente princípios 1, 5, 7 e 8 do documento do Comité de Basileia e tópicos 2, 5 e 6 do relatório do IOSCO).

⁽⁷⁴⁾- As quais, sem embargo, se assinalarão no texto quando se entenda que isso, realmente, se justifica.



45. Acolhendo plenamente as orientações dos instrumentos internacionais que os inspiram, os distintos diplomas pátrios modelam a organização da função de cumprimento na confluência das seguintes coordenadas: injuntividade quanto à criação; fixação de alguns imperativos de estrutura que configuram um conteúdo mínimo vinculativo; e liberdade de organização.

Dito de outra maneira: cabe a cada instituição definir e concretizar os parâmetros organizativos e de funcionamento da estrutura dedicada à função de cumprimento, que está obrigada a estabelecer e manter, ajustando-a, segundo o seu melhor arbítrio, ao próprio conceito de governo da empresa, e em razão das suas características e dimensão e da natureza das actividades desenvolvidas, conquanto o que resulta deve acomodar todos os requisitos específicos que a lei enuncia.

Manifestam-se, assim, nesta sede, de um modo particularmente exuberante e sensível, os princípios da legalidade, versatilidade e proporcionalidade, aludidos na alínea final do capítulo precedente.

O dever de institucionalização da função de cumprimento estriba-se no texto do corpo do nº 2 do artº 305º-A do CVM e, se é possível dizê-lo, de uma forma ainda mais clara e expressiva, no corpo do nº 1 do artº 17º do Aviso nº 5/2008 e nº 1 do artº 20º da NR nº 8/2009-R.

A satisfação deste dever pelas entidades sujeitas comporta, para todas elas: i) a formalização da constituição da função em processo apropriadamente documentado [artºs 17º, nº 2, al. a), do Aviso, e 20º, nº 6, da Norma]; ii) a nomeação de um responsável máximo, com a inerente conferência de poderes apropriados ao exercício das respectivas competências, de modo independente [artºs 305º-A, nº 3, al. a), do CVM, 17º, nº 2, al. b), do Aviso, e artº 20º, nºs 2 e 3, da Norma]; iii) a dotação de meios e capacidades técnicas adequadas, o que, designadamente, envolve a afectação de recursos humanos competentes e qualificados, com capacidade para a compreensão clara do seu papel e responsabilidades [artºs 305º-A, nº 2, al. b), do CVM, 17º, nº 2, al. c), do Aviso, e 20º, nº 2, da Norma]; iv) a inserção, no quadro da função, dos procedimentos do seguimento e controlo relativos à prevenção do branqueamento de



capitais e do financiamento do terrorismo [artºs 305º-A, nº 2, al. c), do CVM, 17º, nº 1, al. c), do Aviso, e 21º, nº 5, al. a), da Norma], o que, apesar de surgir nos normativos aplicáveis enquadrado nas atribuições da função, não deixa de constituir um requisito de carácter organizativo ⁽⁷⁵⁾.

Além disso, para a generalidade das empresas acrescem a necessidade de garantir que as pessoas encarregadas da função não estão envolvidas na prestação de serviços ou exercício de actividades que controlam, bem como a de se adoptar um método de remuneração que não seja objectivamente susceptível de comprometer a independência do desempenho das atribuições requerida ao pessoal afecto [artºs 305º, nº 3, als. c) e d), do CVM, 17º, nº 2, als. d) e f), do Aviso, e 20º, nº 3, da Norma] ⁽⁷⁶⁾.

Para lá deste núcleo de exigências a que é mister dar guarida, sobra, todavia, um amplíssimo espaço de liberdade de opções e de acção, aliás com múltiplas manifestações.

Bastará ter presente, v.g., que nada está determinado quanto à *localização* da área encarregada da função na orgânica global da instituição ⁽⁷⁷⁾; não se assume nenhuma restrição quanto à possibilidade de a estrutura criada poder igualmente controlar outros riscos, nomeadamente os que apresentam maior proximidade, afinidade ou complementaridade com o de cumprimento; não se reclamam habilitações curriculares específicas para o responsável a nomear nem para nenhuma das demais pessoas afectas; não se estabelecem formas vinculadas de interacção com

⁽⁷⁵⁾- Entretanto, cfr. agora também o Aviso do Banco de Portugal nº 5/2013, publicado no Diário da República, 2ª Série, de 18 de Dezembro, artºs 41º e segs., *maxime* artº 43º.

⁽⁷⁶⁾- Estes requisitos podem, todavia, ser dispensados em casos muito delimitados, conforme se vê dos artºs 305º-A, nº 4, do CVM, 17º, nºs 3 e 4, do Aviso, e 20º, nº 3, da Norma.

⁽⁷⁷⁾- Note-se, sobremaneira, que, apesar de se cometer à estrutura funcional de cumprimento – como abaixo melhor se elucidará – e, em particular ao seu responsável, a obrigação de prestação de aconselhamento à gestão para garantia de procedimentos de conformidade, bem como a de informação imediata de incidências relevantes, tal não implica que ela se situe, necessariamente, na hierarquia da empresa em ligação directa ao órgão de administração. Nada obstará, nomeadamente, a que se enquadre no âmbito da estrutura que corporize a função geral de riscos.

Fundamental é que se conserve autónoma das áreas que controla e possa actuar com a independência que é sua matriz.



as demais estruturas ou, sequer, de procedimentos da função de cumprimento na realização das suas competências.

Doutro passo, é a própria lei que, em alguns pontos concretos, abre alternativas que, no entanto, as entidades sujeitas podem ou não aproveitar.

É assim, como já visto, com a possibilidade de, em certos casos – embora muito contidos – se admitir a concomitância da função de cumprimento com o exercício de outras atribuições respeitantes às áreas de negócio, faculdade que, obviamente, as instituições não carecem de exercer. E é assim também com a oportunidade oferecida às entidades integrantes de um mesmo grupo de poderem utilizar *serviços comuns para o desenvolvimento das responsabilidades atribuídas* à função de cumprimento (vd. artºs 24º, nº 6, do Aviso, 6º, nº 4, do Regulamento CMVM nº 2/2007, e 21º, nº 3, da Norma).

Com tudo isto, resulta, no entanto, seguro e essencial que a função deve corporizar-se numa unidade orgânica, mais ou menos complexa segundo o modelo concretamente adoptado e documentado na instituição a que respeita, a qual suporta a gestão quotidiana, *executiva*, do risco de incumprimento, que se reivindica seja independente.

A este propósito, cabe um par de observações adicionais.

46. Segundo o que já ficou apurado, o arquétipo legal repousa sobre a ideia da internalidade da função de cumprimento, o que está em consonância com a concepção plasmada nas fontes internacionais ⁽⁷⁸⁾.

Só no caso das entidades gestoras de fundos de pensões surge configurada a possibilidade de recurso à subcontratação externa, o que, todavia, reveste um carácter manifestamente excepcional.

⁽⁷⁸⁾- Esta mesma solução está expressamente acolhida no citado Aviso do BP nº 5/2013, aí especificamente reportada a quem for o responsável pela actividade de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo [cfr. artº 43º, nº 3, al. a)].

Ora, este modelo convoca o estabelecimento de vínculos entre a instituição e as pessoas adstritas ao exercício da função, incluindo o responsável escolhido, que correntemente se situam no âmbito da relação laboral, mesmo que com características peculiares ⁽⁷⁹⁾.

Sucedem que, como é sabido, a relação laboral tem com uma das suas matrizes a autoridade do empregador sobre o empregado, com a contrapartida da subordinação deste àquela, o que, *v.g.*, se materializa no poder de dar ordens e instruções – cfr. artº 128º, nº 1, al. e), e nº 2, do Código do Trabalho.

Segue-se daqui, como corolário, a necessidade de compatibilizar o requisito da independência com a natureza do vínculo que liga a instituição às pessoas por ela encarregadas do desempenho da função.

Há, no entanto, na lei diversos sinais e elementos que contribuem para esclarecer o modo como há que encontrar essa harmonização.

A primeira nota a registar é a de o requerimento da independência se dirigir, prioritária e prevalentemente, à empresa sujeita, respeitando à própria organização da função que lhe incumbe instituir, como inequivocamente se expressa nos próprios textos normativos (cfr. artºs 305º-A, nº 2, proémio, do CVM, e artº 17º, nº 1, proémio, do Aviso).

Sem dúvida que o exercício da função deve, ele mesmo, processar-se de forma independente. Mas, realmente, só assim poderá efectivamente suceder se ela se encontrar estruturada e implementada em condições que o permitam.

Para alcançar esse desiderato, a lei avança um conjunto de critérios de observação vinculada, exactamente por se entender que isso é indispensável e determinante na garantia de que se reúnem os ingredientes mínimos para que a função de cumprimento possa realizar a sua missão.

São de diversa índole e já atrás se identificaram: a autonomização e separação face às áreas funcionalmente ligadas à prossecução do objecto social; o acesso a toda

⁽⁷⁹⁾- Será, designadamente, o caso da utilização da figura da comissão de serviço, actualmente prevista e regulada nos artºs 161º e segs do Código do Trabalho.



a informação pertinente; a existência de meios técnicos e humanos apropriados; o desligamento da remuneração de factores normalmente susceptíveis de comprometer a objectividade do desempenho.

Sem embargo, a verdade é que a formulação do comando de base, no modo como foi elaborada e se apresenta, tem uma virtuosidade acrescida: não se compadece com a prática pela empresa, seus órgãos e quadros dirigentes competentes de actos que obstaculizem indevidamente a prestação da função.

Por isso, concretizando um aspecto que é de particular sensibilidade, nem devem ser dadas ordens ou instruções que a impeçam ou obstruam na realização da respectiva missão, nem, se acontecerem, são legítimas.

Estão, aliás, preenchidas todas as condições que suportam a aplicação, até por maioria de razão, da estatuição contida no artº 127º, nº 1, al. e), do Código do Trabalho.

Temos, pois, um lastro suficientemente sólido para ancorar a independência da função de cumprimento, que não colide com a inserção dos recursos humanos afectos no quadro geral da empresa, ao abrigo de vínculos laborais, com a plêiade de deveres que eles comportam.

Postas assim as coisas, a equipa, com o respectivo responsável à cabeça, está incumbida de conduzir a gestão do risco de incumprimento com o objectivo nuclear de promover, nos diversos planos em que se concretiza e projecta a sua intervenção, que a empresa aja em conformidade com os normativos que a regem.

Cabe-lhe, no entanto, fazê-lo, sem descurar as finalidades, políticas, estratégias e as opções da empresa, definidas pelos órgãos competentes, segundo o modelo de governo adoptado.

c) Atribuições e deveres



47. Em razão dos objectivos a atingir, confere-se à função de cumprimento – e, concretamente, à estrutura em que assenta – uma significativa panóplia de atribuições, que lhe incumbe exercer.

Na respectiva arquitectura e segundo claramente se expressa nos conhecidos textos normativos de referência, a lei segue um duplo critério: por um lado, define, em termos gerais, como pedra angular, a gestão do risco de incumprimento, nas diversas etapas e manifestações em que se materializa; sem prejuízo, enumera, por outro lado, um conjunto de competências específicas que, por assim dizer, se arvoram como o núcleo mínimo da própria matriz, as quais, independentemente da maneira como a função se organiza e desenvolve em cada instituição, cabe, necessariamente, assegurar.

É o que, inequivocamente, decorre do recurso às expressões «pelo menos» e «nomeadamente» usadas na antecâmara da enumeração e que, conseqüentemente, lhe conferem um carácter enunciativo (cfr. respectivamente, o artº 305º-A, nº 2, proémio, *in fine*, do CVM, e artº 17º, nº 1, proémio, *in fine*, do Aviso).

Mas importa recordar que a identificação, seguimento e controlo do risco em causa consubstanciam um imperativo legal dirigido às entidades sujeitas, para cuja satisfação, precisamente, se constitui a função de cumprimento.

Não está, por isso, na disponibilidade dela a opção de actuar ou não em resultado de ponderações de oportunidade ou outras. Pelo contrário, estamos perante um exercício vinculado, de sorte que cada atribuição tem sempre por contrapartida o correspondente dever de a realizar. Sobra, sim, por regra, um espaço relevante quanto ao modo de desempenho, que, em boa medida, corporiza e é corolário do princípio da versatilidade, já aflorado.

Ainda assim, a análise das competências que surgem autonomizadas e sucessivamente listadas suscita umas quantas observações.

Com efeito, a primeira delas mais não faz, em rigor, do que replicar a atribuição geral, espelhando-a em alguns dos seus aspectos mais significativos, sem, contudo, nada acrescentar. Trata-se, realmente, de fazer o *acompanhamento e avaliação*



regular da eficácia das medidas e procedimentos adoptados para detectar qualquer risco de incumprimento, bem como do que é feito para ultrapassar deficiências detectadas ⁽⁸⁰⁾ ⁽⁸¹⁾.

Mas isto, como está bem de ver, situa-se no cerne do sistema de controlo, como abundantemente se colhe da exposição precedente.

De todo o modo, vale a pena destacar que, na falta de outro normativo que concretamente a referencie, é aqui que, fundadamente, se estriba a competência da função para fazer o seguimento das acções das autoridades de supervisão, tanto na avaliação da conformidade dos procedimentos e práticas instituídas no supervisionado, como, sobretudo, quando, em consequência ou independentemente delas surgem intervenções dirigidas à introdução de modificações no *status quo*, por meio de determinações, orientações ou recomendações endereçadas ao visado.

As coisas passam-se, porém, diversamente quanto ao restante da enumeração.

48. O destaque fundamental vai, aí, para o papel a desempenhar na articulação com os órgãos dirigentes e de fiscalização da entidade, quer no plano da prevenção, quer no da reparação de quaisquer situações de incumprimento, o qual se exprime em diferentes momentos e se corporiza em distintos deveres específicos: i) aconselhamento para efeitos do cumprimento das obrigações legais; ii) reporte imediato de indícios de violações susceptíveis de constituir um ilícito, para a instituição, seus dirigentes ou colaboradores, fazendo-os incorrer em medidas sancionatórias ⁽⁸²⁾; iii) elaboração, com periodicidade pelo menos anual, de um

⁽⁸⁰⁾- Vd. tb. o artº 20º, nº 5, al. a), da Norma Regulamentar.

⁽⁸¹⁾- Sendo que um dos pontos que imediatamente concretiza esse exercício é, sem dúvida, «a avaliação dos possíveis impactos resultantes de alterações ao regime legal aplicável nas operações», que, por isso, não justificaria a referência peculiar que lhe é feita, no artº 20º, nº 5, al. b), da Norma Regulamentar, aliás diferentemente do que sucede com o artº 305º-A do CVM e com o art 17º do Aviso.

⁽⁸²⁾- No CVM e no Aviso fala-se expressa e exclusivamente em ilícitos de natureza contra-ordenacional, mas é óbvio que, por maioria de razão, estão incluídos todos os de carácter criminal, que são mais graves. É, por isso, mais correcto o texto da Norma Regulamentar.

relatório do exercício da função, que identifique os incumprimentos ocorridos e as medidas adoptadas para os corrigir ⁽⁸³⁾.

Trata-se, afinal de contas, de uma solução que é tributária da ideia de que as obrigações relativas ao controlo das instituições e, nele, das que respeitam ao risco de incumprimento têm os órgãos sociais como seus primeiros destinatários. Daí a necessidade de densificar os mecanismos que lhes possibilitem o conhecimento atempado das incidências e ocorrências relevantes para, sendo o caso, decidirem e determinarem as providências apropriadas.

Por assim ser, e conquanto a formulação dos textos normativos induza a normal iniciativa da estrutura encarregada da função de cumprimento e do seu máximo responsável na satisfação destes desideratos – o que, sobremaneira, se manifesta no imediato reporte de ocorrências e na apresentação dos relatórios com as periodicidades definidas – claro é que prevalece o poder de pedir conselhos ou informações por parte de todos os dirigentes e membros do órgãos de fiscalização a quem são devidos.

De resto, igualmente neste campo, fixados os parâmetros gerais, a lei deixa à discricionariedade das instituições a maneira de os concretizar, prescindindo de esquemas padronizados de procedimento.

Noutro plano, submete-se também, especialmente, à função de cumprimento a matéria da prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, com projecção no acompanhamento e avaliação dos procedimentos internos estabelecidos, na centralização da informação pertinente, na identificação das operações suspeitas e na respectiva comunicação às autoridades competentes – *ex vi* dos arts 305º-A, nº 2, al. c), do CVM, 17º, nº 2, al. c), do Aviso, e 20º, nº 5, al. c), da Norma Regulamentar.

Não fica afastada, repare-se, a faculdade de as empresas instituírem núcleos ou equipas de trabalho estritamente vocacionadas para a realização das tarefas que

⁽⁸³⁾- Cfr., respectivamente, o artº 305º-A, nº 2, als. b), d) e f), do CVM, e o artº 17º, nº 1, als. b), d) e f), do Aviso. *Vd.*, tb. o artº 20º, nº 5, al. d), e nº 7, da Norma Regulamentar.



competem, o que frequentemente sucederá sobretudo em entidades com recorrente recepção de fundos de terceiros, sob qualquer modalidade precisamente em razão da amplitude e da multiplicidade das obrigações a satisfazer e do correspondente *empreendimento* a realizar ⁽⁸⁴⁾.

Mas impõe-se a respectiva inserção no âmbito da estrutura que suporta a função de cumprimento, ainda que sob a configuração que a empresa houver por mais adequado, segundo o seu próprio modelo geral de governo.

49. Está ainda consignada no CVM [artº 305º-A, nº 2, al. e)], e no Aviso [artº 17º, nº 1, al. e)] a *manutenção de um registo dos incumprimentos e das medidas propostas e adoptadas* para os superar ⁽⁸⁵⁾.

Impõe-se, porém, a propósito, um conjunto de notas que demarcam muito significativamente o alcance das normas em questão e, conseqüentemente, reorientam o seu sentido, com um resultado substancialmente diferente do que aprioristicamente pareceria.

Desde logo, do próprio teor literal de ambos os indicados preceitos resulta inequivocamente que o registo só pode dizer respeito às situações de incumprimento que sejam reportadas ao órgão de administração no quadro definido na alínea que precede cada um dos respectivos diplomas.

Traçada esta primeira fronteira, cabe, todavia, reflectir sobre o que deva considerar-se, efectivamente, incumprimento, justificativo de ser relevado.

⁽⁸⁴⁾- Neste domínio, são, realmente, muito vastas e intensas as exigências normativas que sujeitam a generalidade das instituições – aliás predominantemente determinadas por comandos internacionais vinculativos, designada mas não exclusivamente com origem na União Europeia –, o que comumente implica a disponibilização e afectação de meios humanos e técnicos apreciáveis, em ordem a potenciar respostas ajustadas à dimensão e profundidade do que é requerido.

Cfr., a propósito, a Lei nº 25/2008, de 5 de Junho e, agora, o Aviso do BP nº 5/2013, já citado.

Precisamente neste Aviso, aliás, no seguimento de uma opção já acolhida em textos regulatórios anteriores – v.g. o Aviso do BP nº 9/2012, publicado no Diário da República, 2ª Série, de 29 de Maio –, assume-se explicitamente a possibilidade de, no quadro da função geral de cumprimento, haver equipas dedicadas à temática da prevenção de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, incluindo a possibilidade de designação de responsável directo distinto do responsável geral da função de cumprimento, ainda que com reporte a este.

⁽⁸⁵⁾- A estatuição não tem, porém, paralelo na Norma Regulamentar.



Abrem-se aqui duas possibilidades.

Numa perspectiva mais radical, o incumprimento pode ser visto como qualquer desconformidade com as normas, independentemente de qual seja a sua causa, natureza, tipologia e circunstância, abarcando, tanto os casos de desajuste estrutural ou sistémico, motivados pelo facto de se terem instituído políticas, processos, procedimentos ou práticas contrários ao Direito (violação por acção) ou, ao contrário, não ter sido adoptado o que era devido (violação por omissão), como, igualmente, os de carácter meramente pontual, resultantes de se ter actuado à revelia dos padrões e critérios apropriadamente definidos.

Contudo, se nos ativermos ao que são a razão de ser, os fundamentos e os objectivos do sistema de controlo, estes últimos entendimento e conclusão mostram-se manifestamente excessivos e desadequados.

Com efeito, sem prejuízo de uma actuação isolada não ser, em absoluto, despicienda, podendo, inclusivamente, convocar a eventualidade de consequências sancionatórias que penalizam a instituição, o que verdadeiramente determina e ancora a função de cumprimento é a preocupação de dotar cada entidade sujeita de mecanismos especialmente dirigidos à prevenção, seguimento, controlo e superação de situações que reconduzem um desempenho recorrente e institucionalmente *irregular* da actividade.

Por assim ser, tenho, solidamente, como mais ajustado, restringir os incumprimentos elegíveis às desconformidades que projectam défices da empresa.

É, de resto, esta a conclusão que melhor se harmoniza, por um lado, com o sentido do artº 3º, nº 1, al. d), do Aviso e, por outro, se concatena com o requerimento da definição de medidas propostas e adoptadas para ultrapassar o incumprimento, naturalmente ligado à ideia de que, na falta delas, expectavelmente se poderá repetir.

Como quer que seja, importa sublinhar que, ainda aqui, não se consagra nenhum estereótipo de registo, pelo que permanece na esfera de cada entidade uma ampla discricionariedade quanto às formas de o concretizar e traduzir.

Mais importante é, todavia, assinalar o seguinte.

Em nenhuma circunstância os registos de incumprimento, independentemente de forma que, concretamente, revistam, podem ser assumidos ou valorados como confissão dos factos que exprimem, nomeadamente para efeitos de suporte de processos contra-ordenacionais ou criminais, sob pena de desconformidade com a lei processual penal e a própria Constituição da República (cfr., *v.g.*, os art^{os} 141^o, 344^o e 345^o, do Código de Processo Penal e art^o 32^o da Constituição) ⁽⁸⁶⁾.

50. O acesso à informação, revestindo embora um carácter instrumental, constitui-se como um vector crucial para que a função de cumprimento possa corresponder ao que dela é esperado.

Não admira, assim, que mereça um destaque específico em todos os normativos pertinentes, aliás em plena harmonia com os textos fonte.

Está em causa o conhecimento dos factos que, de alguma maneira e nos distintos momentos e circunstâncias em que ocorram, colidem ou interferem com o risco de incumprimento, exactamente para que, uma vez identificados, seja possível fazer as adequadas monitorização e gestão.

Para o exponenciar, é mister que sejam operacionais ambas as vias do circuito. Por um lado, às diferentes áreas da empresa caberá, por seu próprio impulso, veicular, para a função de cumprimento, atempadamente, toda a informação necessária; por outro, sem embargo, a função de cumprimento conserva a faculdade de, por sua iniciativa, a solicitar a qualquer destinatário, quer para detecção de situações que não lhe foram reportadas, quer, simplesmente, para o melhor esclarecimento do que lhe tenha sido comunicado.

Neste quadro, à função e, em particular, ao seu responsável competirá definir e organizar canais de interacção e procedimentos a adoptar – consensualizando-os, quanto possível, porque esse método, consabidamente, potencia, nas mais das vezes, a eficácia das opções.

⁽⁸⁶⁾- Sobre a aplicação da lei processual penal ao processo de contra-ordenação, *vd.* o art^o 41^o do Dec.-Lei n^o 433/82, de 27 de Outubro.

51. Outra chave do sucesso da função de cumprimento – factor crítico e verdadeiro catalisador da eficiência e eficácia da sua acção, com projecção evidente nos planos mais sensíveis da gestão do risco alvo – reside, de igual sorte, na intensidade e na densidade do relacionamento que se estabeleça e pratique – especialmente através do respectivo responsável máximo – com a administração e a alta direcção da empresa.

Com efeito, quer, sem dúvida, a introdução de medidas dirigidas a sanção de desconformidades detectadas, quer a própria implementação do que seja imprescindível para que a entidade se adeque a novos imperativos convocam, frequentemente, a necessidade de tomada de opções e decisões que transcendem a esfera de competência da função de cumprimento, ainda que, seguramente lhe incumba promovê-las ⁽⁸⁷⁾.

Torna-se apodíctico que a intervenção da administração ou, pelo menos, de áreas ou sectores da alta direcção – segundo o modelo concreto de governo da entidade e as questões que estiverem em causa em cada circunstância – mais do que traduzir o seu desejável envolvimento e empenho nas temáticas do cumprimento, configura-se como uma real indispensabilidade – *conditio sine qua non* – para que se lhes possa dar adequado provimento.

É exactamente neste quadro que se intui a importância da proximidade e interacção entre a função de cumprimento e os centros do poder corporativo, para maximizar a oportunidade e tempestividade das decisões e lograr o comprometimento de toda a organização na consecução dos objectivos que, especificamente, se definam.

Trata-se, pois, de algo que é verdadeiramente instrumental do mais cabal exercício da função de cumprimento e que, correspondentemente, a deve mobilizar em permanência.

⁽⁸⁷⁾- Será bastante ter presente que, recorrentemente, se impõem desenvolvimentos ou, mesmo, alterações operacionais e tecnológicas que implicam novos encargos (custos) significativos e requerem mudanças ou rupturas com práticas instituídas.



52. Entretanto, é notória a tendência para densificar a panóplia de atribuições específicas cometidas à função de cumprimento por requerimentos avulsos em normativos dispersos, o que, aliás, sucede mesmo em áreas que se podem considerar para além do seu comum campo de intervenção.

É o que se verifica em matéria de participação de certas irregularidades graves, em consonância com o que passou a estabelecer-se no artº 116º-G, nº 3, do RGICSF, introduzido pelo Dec.-Lei nº 31-A/2012, de 10 de Fevereiro.

E é também o que ocorre em sede de avaliação das políticas de remuneração praticadas nas entidades sujeitas ao Aviso do Banco de Portugal nº 10/2011, publicado no Diário da República, 2ª Série, de 9 de Janeiro, ao abrigo do artº 6º do Dec.-Lei nº 88/2011, de 20 de Julho (cfr., v.g., o artº 14º, nº 2, deste Aviso).

d) **Responsabilidades**

53. Apesar de prosseguir e tutelar interesses que não se confinam na estrita órbita da entidade em que se integra, a função de cumprimento, no arquétipo legal, é, pois, *uma função da empresa e um função para a empresa*, erigida e vocacionada em ordem à gestão de um risco que o desenvolvimento da respectiva actividade necessariamente convoca.

A estrutura de suporte, por seu turno, arvora-se como o seu instrumento executivo e, mau grado a independência reivindicada quanto à sua construção e funcionamento, assume predominantemente o papel de apoio privilegiado da administração da empresa na satisfação de um dever de que está especificamente incumbida como sua representante orgânica.

Isto significa que as deficiências que possam verificar-se na organização ou no exercício da função se projectam imediatamente sobre a própria entidade, como

falhas suas, expondo-a às consequências que legalmente se justifiquem em atenção da natureza e da dimensão do desajuste.

O corolário natural é o da responsabilidade inerente se constituir, expressar e materializar na ordem interna, com subordinação aos canais e vínculos hierárquicos que emergem do modelo de governo acolhido. E assim é, realmente!

Desde logo, é aos órgãos tutelares da entidade em que está inserida, com destaque para a respectiva administração, que a estrutura dedicada à função de cumprimento presta contas da actividade que desenvolve e dos procedimentos que pratica, o que traduz o modo como acompanha e controla o risco, de cuja gestão está especialmente encarregada. Além disso, onde e quando se constatarem comportamentos censuráveis, activos ou omissivos, é ainda na esfera da empresa que pode ter lugar a reparação, pelo recurso aos meios típicos da relação estabelecida.

Assim, se, como será comum, se tratar de vínculos de trabalho subordinado, é a disciplina da lei laboral que rege. Em outras situações, quando possíveis, prevalece o regime próprio da relação subjacente.

Não se configura, pois – pelo menos no actual estado de evolução –, responsabilidade directa dos agentes da função de cumprimento perante terceiros externos à empresa, aqui incluídas as entidades de supervisão.

A mais do que está dito, esta asserção fundamenta-se também, solidamente nas seguintes considerações complementares.

Em primeiro lugar, como é sabido, a regra geral é a de o exercício de qualquer função no âmbito de uma pessoa colectiva apenas suscitar a correspondente responsabilidade individual perante ela, precisamente suportada na relação estabelecida entre uma e outra.

Para que seja de outro modo, constituindo-se o agente na contingência de responder para lá das fronteiras da entidade, é preciso que exista norma habilitante para o efeito ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁸⁾- É o que, *v.g.*, sucede com os titulares dos órgãos sociais nas sociedades comerciais, segundo o que emerge dos artºs 78º, 79º e 81º do Código das Sociedades Comerciais. Cfr. tb. o artº 82º, nº 2.



Mas a verdade é que, de todo, isso não sucede neste domínio.

Muito sintomático é, noutro plano, o facto de certas atribuições cometidas ao responsável de cumprimento, particularmente propícias à conformidade de uma relação imediata com supervisores, serem, todavia, legalmente estabelecidas em termos de se conterem no estrito circuito interno das instituições.

É o que, concretamente, se verifica com o dever de elaboração de relatórios da função e também o que ocorre quanto à obrigação de denúncia de situações graves, segundo o estatuído no já citado artº 116º-G, nº 3, do RGICSF.

Tal não prejudica, porém, a sujeição individual a sancionamento contra-ordenacional quando o comportamento avaliado consubstancie o cometimento de infracções dele justificativas.

Mas as coisas passam-se, então, nos termos que são genericamente aplicáveis aos agentes dos factos geradores ou, onde possa ser o caso, aos responsáveis que, conhecendo a prática da infracção, não ajam oportunamente para prover a sua sanção, sem haver, todavia, aqui, qualquer singularidade própria da função de cumprimento (*vd. v.g.*, artºs 401º do CVM, 204º e 206º do RGICSF e 206º e 207º do Dec.-Lei nº 94-B/98, de 17 de Abril, relativo à actividade seguradora, cujo regime contra-ordenacional é, no entanto, extensivo à actividade de gestão de fundos de pensões, por expressa remissão do artº 96º, nº 2, do Dec.-Lei nº 12/2006, de 20 de Janeiro).

VI – REGIME SANCIONATÓRIO

54. As considerações acabadas de expor abrem espaço ao escrutínio, sumário, do regime sancionatório aplicável às infracções que respeitem ao sistema de controlo de cumprimento, encarado na sua globalidade.

Ora, a propósito, a primeira e basilar constatação é a de em nenhum dos normativos pertinentes se contemplar qualquer peculiaridade a ter em conta, seja



quanto à tipologia das infracções ou à eleição das condutas como tal qualificáveis, seja quanto à moldura punitiva correspondente ou, sequer, quanto a aspectos de índole processual.

Com efeito, em vão se percorrerá o quadro sancionatório erguido pelo CVM para aí encontrar alguma réplica ou projecção do que concretamente se estatui no seu artº 305º-A.

Assim também é com o Aviso e a Norma Regulamentar, com respeito aos respectivos artºs 17º e 20º. E o mesmo se verifica com relação aos outros dispositivos relevantes que modelam ou exprimem o edifício do sistema de controlo de cumprimento ⁽⁸⁹⁾.

O corolário imediato é a aplicação dos regimes gerais, à luz dos quais se devem syndicar, qualificar e enquadrar as desconformidades que se revelem no paradigma ou no funcionamento do sistema em cada entidade.

Neste plano, é mister, no entanto, uma advertência liminar.

Com efeito, o CVM estabelece, ele próprio, o quadro sancionatório da disciplina que consagra. Mas não é assim com o Aviso nem com a Norma Regulamentar.

Nestes dois casos, tratando-se de direito derivado, acolhem-se à sombra dos diplomas fundamentantes que os legitimam e que, aliás, expressamente invocam – como é comum – nos respectivos preâmbulos. São, então, o RGICSF e o Dec.-Lei nº 12/2006, já acima invocado, que regula a constituição e funcionamento dos fundos de pensões e das suas entidades gestoras bem como a supervisão de uns e outras.

Entre eles, todavia, há também uma diferença quanto à matéria que aqui interessa. O RGICSF rege-a directamente; o Dec.-Lei nº 12/2006, por expressa determinação do seu já citado artº 96º, manda aplicar genericamente o regime contra-

⁽⁸⁹⁾- O que, note-se, não colide com a disciplina própria de cada uma das múltiplas obrigações que oneram as instituições no desempenho das suas actividades, ainda quando, relativamente a elas, haja atribuições específicas cometidas ao sistema de controlo ou à função de cumprimento.

É o que, *v.g.*, acontece em sede de prevenção de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, segundo o que actualmente se consagra na Lei nº 25/2008, de 5 de Junho (cfr. artºs 45º e segs., *maxime*, 53º e segs.).



ordenacional fixado no Dec.-Lei nº 94-B/98, de 17 de Abril, respeitante à actividade seguradora.

Importa, assim, perscrutar cada um dos diplomas matriciais que, pelas razões indicadas, são o CVM, o RGICSF e o Dec.-Lei nº 94-B/98.

Rapidamente se constata, porém, ser idêntica a metodologia seguida por todos eles, nomeadamente no que se refere à tipificação e qualificação dos ilícitos e ao âmbito subjectivo da responsabilidade por eles.

Assim, quanto a esta, prevalecem os seguintes três princípios nucleares: i) pela prática das infracções podem ser responsabilizadas, conjuntamente ou não, pessoas singulares e colectivas, estas ainda que irregularmente constituídas; ii) a responsabilidade das pessoas colectivas tem índole objectiva, dependendo, *simplesmente*, de o ilícito ter sido cometido no exercício de funções por quem legitimamente a represente; iii) porém, a responsabilidade do ente colectivo não preclui a dos sujeitos individuais que tenham sido os autores da infracção nem daqueles a quem, independentemente disso, ela seja imputável⁽⁹⁰⁾.

Quanto aos *delitos*, estabelece-se uma primeira distinção entre aqueles que se qualificam como crimes, e os demais a que se confere carácter contra-ordenacional⁽⁹¹⁾.

Neste último universo, faz-se, por um lado, uma enumeração extensa de comportamentos típicos relevantes, agrupados segundo a gravidade que lhes é atribuída, para os quais se define o respectivo quadro sancionatório.

Mas, além disso, adopta-se sempre uma norma residual, de aplicação subsidiária, que, mau grado distintos níveis de complexidade e de consequências que convoca, se dirige a abranger todas as demais ilicitudes que, pelas características ou circunstâncias dos factos que as integram, não são subsumíveis a nenhuma das categorias ou

⁽⁹⁰⁾- *Vd.*, sobretudo, arts 401º do CVM, 202º a 204º do RGICSF e 206º do Dec.-Lei nº 94-B/98.

⁽⁹¹⁾- Cfr. capítulos I e II do Título VIII do CVM, capítulos I e II do Título XI do RGICSF, e capítulos I e II do Título VI do Dec.-Lei nº 94-B/98.



modalidades listadas nos demais preceitos, obstando, desta sorte, a que fiquem, necessariamente, impunes.

É o que, concretamente, sucede com os arts 400º do CVM ⁽⁹²⁾, 210º, al. m), do RGICSF, e 212º, al. g), do Dec.-Lei nº 94-B/98.

É a eles que, consoante os casos, há que recorrer quando se esteja perante a violação de imperativos legais e regulatórios que concernem à disciplina da organização e funcionamento do sistema de controlo de cumprimento, não se preenchendo previsão específica como nas mais das vezes acontecerá.

Assim, se for aplicável o CVM, a infracção será considerada grave ou menos grave, conforme o responsável seja, ou não, intermediário financeiro ou alguma das entidades gestoras referidas no artº 388º, nº 2, al. b), daquele Código, actuando no exercício das suas funções. Correspondem-lhes as molduras punitivas estabelecidas no nº 1, als. b) e c), do mesmo artº 388º ⁽⁹³⁾ ⁽⁹⁴⁾.

Quanto se trate do RGICSF, não há lugar a distinção em sede de qualificação da infracção por virtude da qualidade do responsável. Mas os limites da coima aplicável são diferentes, conforme o sancionado seja pessoa colectiva ou singular ⁽⁹⁵⁾.

Solução idêntica ocorre no âmbito do Dec.-Lei nº 94/98, sendo a infracção considerada simples, mas igualmente com limites de pena diversos, conforme a natureza do infractor ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹²⁾- Cfr. tb. o artº 388º, nº 2, al. a).

⁽⁹³⁾- Parece, assim, haver lugar a dupla qualificação quando, pela mesma infracção, respondam, todavia, cumulativamente, o intermediário financeiro a quem ela é imputada e a pessoa ou pessoas singulares agentes materiais do facto ilícito.

⁽⁹⁴⁾- Presentemente – e após a alteração introduzida pela Lei nº 28/2009, de 19 de Junho – coima entre doze mil e quinhentos e dois milhões e quinhentos mil euros e entre dois mil e quinhentos e quinhentos mil euros, consoante a contra-ordenação seja considerada grave ou menos grave.

⁽⁹⁵⁾- Agora, depois da Lei nº 28/2009, os limites mínimo e máximo são, respectivamente, de três mil e de um milhão e meio de euros e de mil e de quinhentos mil euros.

⁽⁹⁶⁾- Também depois da Lei nº 28/2009, os limites mínimo e máximo passaram a ser, respectivamente, de dois mil e quinhentos e de cem mil euros, para pessoas singulares, e de sete mil e quinhentos e de quinhentos mil euros para pessoas colectivas.



Em qualquer situação pode também haver lugar ao desencadeamento das denominadas sanções acessórias, nos termos e com o alcance que decorrem de cada um dos diplomas que se aplique ⁽⁹⁷⁾.

Além disso, quando a infracção se traduza na omissão de um dever, o sancionamento que tenha gerado não afasta a manutenção da obrigação de cumprimento efectivo, sempre que ela seja possível ⁽⁹⁸⁾.

A este propósito, aliás, cabe uma advertência suplementar.

Com efeito, quando a irregularidade seja de molde a reunir os pressupostos da actuação compulsória da autoridade de supervisão, pelo exercício dos poderes de intervenção, na entidade supervisionada, que lhe estão legalmente conferidos, também ela não é minimamente prejudicada pela abertura de processos punitivos dirigidos a qualquer infractor, nem pela efectiva aplicação de sanções que aí venha a ter lugar ⁽⁹⁹⁾.

55. Pelas características e função peculiares dos normativos em questão e natureza e atributos das entidades envolvidas, pode bem suceder que um mesmo e único comportamento convoque a violação simultânea de regras que, sendo formalmente distintas – sedeadas, inclusivamente, em diplomas diferentes – têm, todavia, um conteúdo substancialmente – por vezes até integralmente – idêntico.

Seria o caso, para se dar o exemplo utilizado, de um intermediário financeiro, instituição de crédito, não organizar a função de cumprimento, afrontando, dessa maneira, os art^{os} 305^o-A do CVM, e 17^o do Aviso n^o 5/2008.

⁽⁹⁷⁾- Cfr. art^{os} 404^o do CVM, 212^o do RGICSF, e 216^o do Dec.-Lei n^o 94-B/98.

⁽⁹⁸⁾- *Vd.* art^{os} 403^o do CVM, 207^o do RGICSF, e 209^o do Dec.-Lei n^o 94-B/98.

⁽⁹⁹⁾- Tenha-se presente que o sistema de controlo de cumprimento constitui uma vertente axial do sistema global de controlo interno, o que, consoante a natureza da falta verificada, pode, realmente, dar azo ao recurso a medidas correctivas por iniciativa do supervisor (cfr. *v.g.* os art^{os} 141^o e 116^o-C do RGICSF).

Pense-se na hipótese de uma instituição de crédito declinar, em absoluto, a constituição da função de cumprimento ou mesmo na de, fazendo-o, todavia, descurar a generalidade dos imperativos a que está sujeita.



Em tais situações, e na falta de uma disciplina própria, não podem deixar de se considerar os princípios e critérios prevaletentes em matéria de concurso de normas, conquanto advenha uma dificuldade adicional que decorre da pluralidade de entidades com competência processual e sancionatória.

VII – BALANÇO FINAL – O DESAFIO DO CUMPRIMENTO

56. É tempo para um balanço final.

A partir de todo o percurso trilhado, surge, liminar, a ideia angular de o sistema de controlo de cumprimento, na sua vasta complexidade e com sensíveis projecção e ênfase na função arvorada como o seu rosto mais visível, se constituir um repto permanente e determinante, enquanto instrumento dirigido à gestão de um risco fortemente condicionante do sucesso sustentado da actividade das empresas.

E é tanto mais assim quanto maior a frequência e densidade das intervenções normativas aos diversos níveis que, por sua vez, vão traduzindo uma marca indelével dos nossos dias. Elas reivindicam, com efeito, uma capacidade de adaptação praticamente constante às novas exigências, sucessivamente impostas – o que, aliás, e não é de somenos, carece, amiúde, de ser objectivamente demonstrado –, assegurando-se, do mesmo passo, apropriados padrões de conformidade.

Está, sem dúvida, em causa, prevenir e evitar consequências negativas emergentes de comportamentos hostis à legalidade, obviando a que se produzam, bem como agir diligente e oportunamente na superação das irregularidades que se detectem, para mitigar e minimizar os impactos indesejáveis que possam acarretar. Mas trata-se também de, positivamente, tirar partido da reputação, da credibilidade e do prestígio merecidos e comumente reconhecidos a quem procede segundo os padrões exigíveis.

É, por isso, imprescindível que as instituições se vocacionem e disciplinem para o cumprimento, ainda que de acordo com paradigmas não estereotipados que, por

regra, têm liberdade de definir, tomando, designadamente, em conta, a natureza, características e dimensão das actividades que prosseguem e o perfil do modelo geral do governo que adoptam.

Para tanto é, desde logo, fundamental um compromisso verdadeiramente assumido pelos máximos dirigentes, que irradie e envolva a generalidade das estruturas e colaboradores, em ordem à institucionalização e prática quotidiana de uma cultura que privilegie e favoreça a satisfação continuada e recorrente dos deveres estabelecidos.

Mas é também indispensável a implementação de uma organização operante que, muito para além da resposta, no plano formal, ao que, a propósito, se requer, permita utilizar e exponenciar os múltiplos mecanismos de actuação, otimizar os meios existentes e agenciar e federar um programa orientado à gestão global do risco de incumprimento, perspectivado nos seus diferentes estádios e manifestações.

A organização comporta a identificação, afectação, disponibilização e utilização de meios e recursos e, o que não é menos importante, a articulação entre eles, crucial para a eficiente e eficaz consecução dos objectivos a atingir.

Envolve, desta sorte, é claro, a criação e institucionalização da estrutura de suporte à função de cumprimento, mas, decerto, transcende-a, contemplando, nomeadamente, aspectos como os relativos aos processos conducentes ao conhecimento e decisão, quando necessário, pelos órgãos de administração e fiscalização, de questões relevantes de cumprimento ou com elas conexas, ao estabelecimento e funcionamento de órgãos multi-departamentais e de outros meios de interacção, estrutural ou pontual, destinados a intervir nas diversas fases da gestão do risco ou, independentemente disso, aos modos de participação nela da comunidade dos responsáveis da entidade.

Quanto ao programa de cumprimento, não estando, sequer, sujeito a nenhuma formalidade e não carecendo, portanto, de se corporizar em documento próprio, consubstancia, todavia, o compromisso com o sistema de controlo, melhoria,



aprofundamento, correcção, superação, inovação ... a levar a cabo, aos diversos níveis, segundo as orientações, opções, prioridades e rumos assumidos.

É por ele, e com ele, que se exprime e concretiza o que, neste domínio, a empresa quer ser, como quer actuar e para onde quer caminhar.

Neste contexto, perante a tipologia e o âmbito do risco alvo, é visto o campo potencial de incidência dos programas de cumprimento, eles mesmo constantemente adaptáveis em função dos patamares de realização dos objectivos a alcançar e, por isso, às necessidades concretas que se vão sucessivamente apresentando.

Sem dúvida, não é difícil sinalizar, ainda que a título meramente enunciativo, múltiplos aspectos que, embora em distintos planos, se configuram todos inquestionavelmente idóneos para ser contemplados.

Assim, e sem outras considerações, por manifestamente excessivas:

- avaliação e adaptação de estratégias, políticas, sistemas e processos integrantes do sistema de controlo;
- constituição, preparação e gestão da equipa especialmente afecta à estrutura de suporte à função de cumprimento;
- sindicância e ajustamento da metodologia de exercício da função;
- institucionalização e seguimento de mecanismos de intervenção multidisciplinar na gestão do risco;
- articulação com outras funções de controlo;
- caracterização e monitorização de factores geradores ou potenciadores do risco de incumprimento;
- criação, promoção e execução de acções de formação;
- elaboração, implementação e gestão de códigos de conduta e outros instrumentos de cultura organizacional, de carácter geral ou específico;
- divulgação de normativos vinculantes para a instituição e condução de processos de adaptação para o cumprimento;



- estabelecimento e acompanhamento de políticas de aprovação e comercialização de produtos;
- tratamento de reclamações de clientes;
- prevenção de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo;
- prevenção de abuso de mercado;
- tutela de informação privilegiada;
- protecção de dados pessoais;
- salvaguarda do sigilo profissional;
- garantia de direitos de propriedade industrial e intelectual;
- reporte e superação de incidências;
- escrutínio de acções de publicidade;
- seguimento e gestão de recomendações de auditorias (interna e externa);
- articulação com autoridades de regulação e supervisão;
- satisfação de decisões de tais autoridades;
- intervenção em processos legislativos ou regulatórios.

Eis, então, delineada uma silhueta do desafio que, perante os motivos que o convocam, está para ficar e, aliás, abundantemente se experiencia mais e mais pungente, ao ritmo deste tempo de mudança, que parece sempre mais e mais acelerado e reivindica um enorme e permanente esforço de adaptação.